

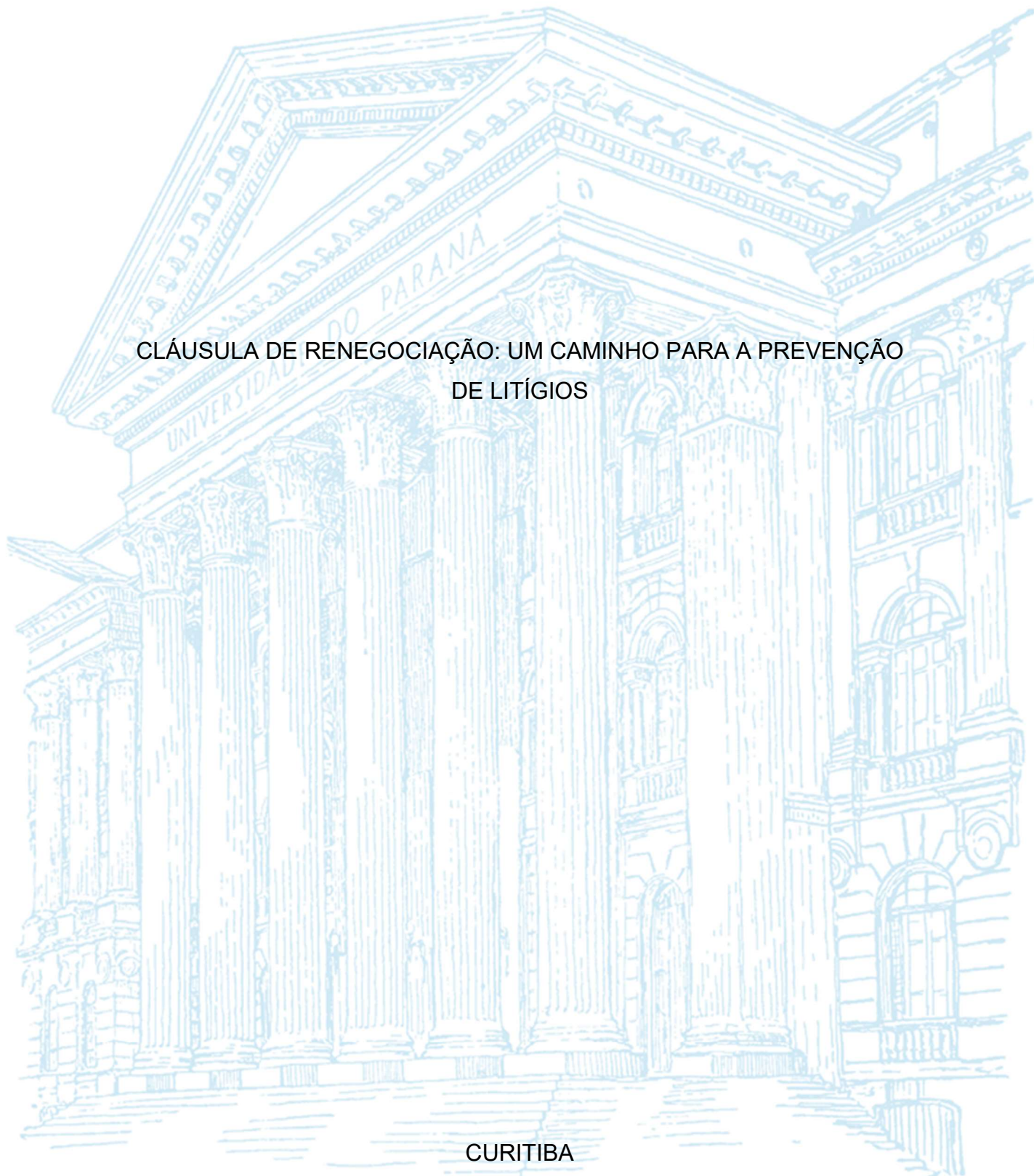
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JULIANA LETICIA SUTTILI CARNIEL

CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO: UM CAMINHO PARA A PREVENÇÃO
DE LITÍGIOS

CURITIBA

2021



JULIANA LETICIA SUTTILI CARNIEL

CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO: UM CAMINHO PARA A PREVENÇÃO
DE LITÍGIOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado na modalidade de monografia
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharela em
Direito.

Orientador(a): Prof.^a Dr.^a Maria Candida
Pires Vieira do Amaral Kroetz

CURITIBA

2021



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO: UM CAMINHO PARA A PREVENÇÃO DE LITÍGIOS

JULIANA LETICIA SUTILI CARNIEL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Profª Drª Maria Candida Pires Vieira do Amaral Kroetz
Orientador

Coorientador

**MARILIA PEDROSO
XAVIER**

Assinado de forma digital por
MARILIA PEDROSO XAVIER
Dados: 2021.03.01 15:31:38 -03'00'

Profª Drª Marília Pedroso Xavier
1º Membro

Profª Drª Rosalice Fidalgo Pinheiro
2º Membro

Dedico este trabalho à minha família, meu apoio para todas as horas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Claudino e Joceli, meus avós, padrinhos, madrinhas e primos, por me oportunizarem uma vida em família onde nunca faltou amor, carinho e incentivo para perseguir meus sonhos;

Aos membros do Grupo de Mediação e Negociação da UFPR, a família que encontrei na faculdade, pelos momentos inesquecíveis e de muito aprendizado que compartilhei com vocês;

Aos meus amigos, tanto os que já me acompanhavam pela vida, como aqueles que a UFPR me deu, pela convivência preciosa que deixa a vida mais leve;

Aos meus professores, pela generosidade em compartilhar seu conhecimento. Aqui um agradecimento especial à minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Maria Candida Pires Vieira do Amaral Kroetz, que desde o primeiro ano de faculdade me instiga a superar novos desafios;

Por fim, agradeço a Deus e a Santo Antônio de Pádua pelas bênçãos com as quais fui agraciada.

RESUMO

A pandemia de COVID-19 afetou significativamente a execução de contratos. A comunidade jurídica tem dado destaque à importância da renegociação para resolver os conflitos de forma adequada, mas pouco se tem falado sobre como utilizar apropriadamente as cláusulas de renegociação. Tais cláusulas, inseridas no contrato pela própria vontade das partes, dão origem à obrigação de renegociar e incentivam os próprios contratantes a decidirem os rumos do contrato. Diante disso, utilizando o método dedutivo e tendo como fontes diversos textos doutrinários, o presente trabalho almejou demonstrar como tornar as cláusulas de renegociação mais efetivas na prevenção de litígios. Para isso buscou-se compreender melhor a cláusula quanto a seu contexto de atuação, funções, características, semelhanças e diferenças com relação a cláusulas afins (cláusula de *hardship* e cláusula de resolução de litígios) e os principais componentes que podem constar em sua elaboração. Também foram analisadas as características da obrigação de renegociar gerada pela cláusula. Percebeu-se que a cláusula de renegociação apresenta diversas vantagens, podendo ser aplicada aos contratos celebrados durante ou após a pandemia. Seu uso contribui para empoderar os contratantes e gerar uma cultura de pacificação e valorização das relações. Conclui-se, portanto, que a cláusula de renegociação tem a potencialidade de prevenir litígios e que o caminho que viabiliza isso é que as partes contratantes e os profissionais do direito tenham um bom conhecimento acerca da cláusula propriamente dita, de sua elaboração e de seus impactos.

Palavras-chave: Cláusula de renegociação. Obrigação de renegociar. Prevenção de litígios. Contrato. Meios alternativos de solução de controvérsias (MASCs).

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic significantly affected contract enforcement. The legal community has highlighted the importance of renegotiation to properly solve conflicts, but little has been said about how to use renegotiation clauses correctly. Such clauses, inserted in the contract by the parties' own will, create the obligation to renegotiate and encourage the parties themselves to decide about the contract's issues. Therefore, using the deductive method and consulting several doctrinal texts, this text aimed to show how to make the renegotiation clauses more effective in preventing litigation. With this purpose, the intention was to better understand the clause in terms of its operating context, functions, characteristics, similarities and differences to related clauses (hardship clause and dispute resolution clause) and the main components that can be included in its writing. The characteristics of the obligation to renegotiate created by the clause were also analyzed. It was observed that the renegotiation clause has several advantages and can be applied to contracts concluded during or after the pandemic. Its use helps to empower the parties and generate a culture of pacification and appreciation of relationships. The conclusion is that the renegotiation clause has the potential to prevent litigation and what makes it possible is that parties and legal professionals acquire a good knowledge about the clause itself, its preparation and its impacts.

Keywords: Renegotiation clause. Obligation to renegotiate. Dispute prevention. Contract. Alternative Dispute Resolution Methods (ADRs).

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CC	- Código Civil
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CPC	- Código de Processo Civil
ICC	- International Chamber of Commerce
OAB	- Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	- Organização Mundial da Saúde
UNIDROIT	- International Institute for the Unification of Private Law

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. CONTEXTUALIZANDO A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO.....	11
2.1. CENÁRIOS DE APLICAÇÃO.....	11
2.2. DESAFIOS NA APLICAÇÃO	17
3. CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO E FIGURAS AFINS	22
3.1. CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i>	26
3.2. CLÁUSULAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	36
4. PRINCIPAIS COMPONENTES DA CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO	41
4.1. COMPONENTES PROCEDIMENTAIS	42
4.2. COMPONENTES RELACIONADOS AO CONTEÚDO	45
4.3. COMPONENTES PARA EVITAR COMPORTAMENTOS ABUSIVOS ..	49
5. OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR DERIVADA DE CLÁUSULA CONTRATUAL E SEU (IN)ADIMPLEMENTO	51
5.1. A OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR E SEU ADIMPLEMENTO	51
5.2. O INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS	56
6. CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1 INTRODUÇÃO

A velocidade das mudanças ocorridas em nossa sociedade tem aumentado intensamente nos últimos anos. Novas tecnologias, mudanças climáticas, crises políticas e econômicas, e, mais recentemente, a pandemia de COVID-19. Oficialmente declarada pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020¹, a pandemia desencadeou uma série de eventos que alteraram enormemente o cenário cotidiano de diversos países, inclusive o Brasil. *Lockdown* na tentativa de conter a propagação do vírus, aumento de preços de bens essenciais, desemprego e outros fatores contribuíram para configurar uma verdadeira crise econômica e social. Do ponto de vista jurídico, a pandemia desencadeou efeitos nas mais diversas searas, sendo a intensa judicialização² de litígios, um reflexo destes tempos incertos.

Na esfera do direito contratual um dos temas que passaram a ser objeto de intensa discussão foi o inadimplemento dos contratos em razão da mudança de circunstâncias ocasionada pela pandemia. A comunidade jurídica voltou seu olhar ao debate sobre a existência ou não de um dever geral de renegociação derivado da boa-fé objetiva, bem como aos mecanismos previstos pelo Código Civil para lidar com o desequilíbrio contratual superveniente, como, por exemplo, os artigos 317 e 478 do CC. Em diversos *webinars* (eventos online que se tornaram frequentes no período pandêmico) se discutiam os critérios aplicáveis à revisão e resolução contratual. Todavia, era recorrente a ressalva inicial de que o melhor caminho a ser seguido pelas partes era a renegociação, ainda que na realidade brasileira a utilização das cláusulas de renegociação não fosse uma prática corriqueira³.

¹ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia.** 11 de março de 2020. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em 14 jan. 2021.

² Para dados acerca da judicialização relacionada ao COVID-19, recomenda-se a consulta ao Observatório Nacional do Conselho Nacional de Justiça sobre o coronavírus. Disponível em <<https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/index.php/coronavirus-covid19/acoes-judiciais>>. Acesso em 15 fev. 2021.

³ Apenas a título de exemplo pode ser mencionada a fala de Judith Martins-Costa em evento promovido pela OAB Nacional. “De modo geral, não há o hábito entre os advogados brasileiros de sugerir aos seus clientes quando redigem um contrato destinado a ter longa duração no tempo que haja previsão no próprio contrato de cláusulas de adaptação entre o contrato e a realidade. Essas cláusulas vêm comumente da experiência jurídica internacional, mas nada impede que sejam adaptadas aos contratos de direito interno porque entre nós, como todos sabemos, vigora no direito contratual o princípio da atipicidade, portanto, as partes são os primeiros protagonistas da reposição do equilíbrio contratual em cenário crise, como diz, como diz bem o professor português Diogo da Costa Gonçalves. [...] Em tempos da crise que estamos passando, a solução negociada entre as partes é sempre a melhor solução. Essa é a razão pela qual inclusive, diante da pouca prática dessas cláusulas de renegociação

Nesse sentido, tema da renegociação não é novo, mas é preciso ressignificar sua importância, destacando o fortalecimento da autonomia privada e da autorresponsabilidade das partes, empoderando-as para resolver os próprios conflitos. Tendo em mente que os contratos precisam estar preparados para lidar com a dinamicidade e volatilidade do mundo contemporâneo e que as partes são as que melhor poderão decidir sobre os rumos do contrato, o presente trabalho se propõe a reavivar a atenção dos operadores do Direito sobre a cláusula de renegociação, engrandecendo o debate acerca do tema. Assim, no decorrer do texto se busca congrega elementos para responder a seguinte questão: como tornar as cláusulas de renegociação mais efetivas na prevenção de litígios?

Quanto aos objetivos específicos do trabalho, estes englobam analisar o conteúdo da cláusula de renegociação, sua função dentro do contrato, seus efeitos jurídicos, seus benefícios e componentes, bem como possibilidades de utilização. Quanto à metodologia, foi utilizado o método dedutivo, sendo que as principais fontes de consulta foram textos doutrinários constantes em livros, capítulos de livros e artigos de periódicos.

Considerando o desenvolvimento geral do tema, no capítulo 2 será feita uma contextualização da aplicação da cláusula de renegociação para que o leitor se familiarize com a temática, perpassando cenários possíveis em que pode ser aplicada, as funções que pode desempenhar e alguns desafios enfrentados atualmente. No capítulo 3, será feita uma análise de algumas características da cláusula de renegociação, bem como a verificação de semelhanças e diferenças face a cláusulas afins já consolidadas na prática jurídica. No capítulo 4 será trazido um breve rol dos principais componentes a serem inseridos na cláusula de renegociação para que esta possa atingir os objetivos desejados, sem gerar novos tumultos contratuais. Ao final, no capítulo 5, serão estudadas as características da obrigação de renegociar gerada pela cláusula, bem como seu adimplemento e as consequências em caso de inadimplemento.

serem inseridas nos contratos de direito interno o próprio Poder Judiciário tem tomado a dianteira". MARTINS-COSTA, Judith. **Conferência Magna - A COVID e os Contratos**. Conferência proferida no I Congresso Digital Covid-19: Repercussões Jurídicas & Sociais da Pandemia promovido pela OAB Nacional (evento online). Jul 2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=9YB_BYJ_IRY&list=PLOtlgbGPbF3Bqid49J2gpv8zwVCbwBIIc&index=114>. Acesso em 20 dez. 2020.

À guisa de explanação acerca do recorte do tema, aqui não se tratará detidamente sobre os mecanismos do Código Civil para resolver questões de desequilíbrio contratual e afins ou sobre um dever geral de renegociação, ainda que tais temas estejam sendo amplamente debatidos na doutrina. Como mencionado anteriormente, o foco se restringirá à obrigação de renegociar derivada de cláusula contratual, em razão de ser oriunda da própria vontade das partes. Ressalta-se que também não serão abordadas aprofundadamente as cláusulas de resolução de conflitos, sendo feitas considerações acerca delas em momento oportuno.

Desde já é feita a advertência de que não se quer dar a ilusão de que há uma fórmula mágica que sirva como padrão para todas as vicissitudes contratuais, mas sim demonstrar como a utilização de forma técnica e adequada da cláusula de renegociação é capaz de ser mais eficaz e eficiente do que uma resposta jurisdicional ou arbitral, seja em tempos pandêmicos ou não pandêmicos.

2 CONTEXTUALIZANDO A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO

Antes de abordar a cláusula de renegociação propriamente dita e suas características, faz-se necessário explorar os possíveis cenários em que ela encontraria aplicação, bem como tratar de alguns desafios enfrentados por ela, os quais podem estar contribuindo para sua baixa aplicação até o presente momento. Tais informações são importantes para auxiliar o leitor a compreender o seu contexto de aplicação, sendo um primeiro passo para que se familiarize com a temática.

2.1 CENÁRIOS DE APLICAÇÃO

Nenhuma cláusula é colocada em um contrato sem um propósito. Em razão disso, é preciso traçar um breve panorama sobre as funções que a cláusula de renegociação poderia desempenhar e sobre algumas características dos contratos⁴ em que seria comumente empregada. Neste trabalho serão abordadas principalmente três funções: adaptação do contrato a novas circunstâncias, atualização do contrato conforme o desejo das partes e colmatação de lacunas.

⁴ No presente trabalho a análise foi desenvolvida tendo como pano de fundo contratos cíveis e empresariais. Contratos relativos a outras áreas do Direito não foram abordados em razão de suas especificidades.

Esta última função está relacionada a uma característica inerente aos contratos: a incompletude. Hart e Moore relacionam tal incompletude aos elevados custos de transação para prever todos os pontos relevantes da execução contratual, delimitando todas as eventualidades que poderiam ocorrer ao longo do contrato.⁵ Paula Forgioni, por sua vez, ao tratar dos custos de transação do ponto de vista econômico, ressalta os aspectos da existência de contingências imprevistas e dos custos de redação e execução dos contratos. A autora também elenca como causas da incompletude contratual a impossibilidade de previsão do futuro, a improbabilidade do acontecimento de certos fatos (seriam tão improváveis que não compensariam o custo de serem previstos contratualmente) e a imprecisão da expressão do acordo (inexatidão da linguagem).⁶

Em síntese, as partes não conseguem prever todos os fatos que poderiam ocorrer ao longo da vida contratual, e, mesmo que conseguissem, seria inviável listar todas as possibilidades no contrato diante do tempo e recursos empenhados para descrevê-las. Nesse sentido, os contratantes optam por não alocar determinado risco econômico superveniente no momento da celebração do contrato, pois sempre que o custo da negociação de determinada cláusula for superior aos custos esperados de intervenção para o preenchimento da lacuna, é preferível deixar a lacuna no contrato. “Considera-se, portanto, eficiente o contrato que apresenta lacunas relativas aos riscos remotos.”⁷ Para Tirole⁸ a incompletude do contrato é medida pela probabilidade dele precisar ser modificado posteriormente.

⁵ “One of the most serious problems facing the writers of a contract is that of specifying all relevant aspects of contractual performance. In particular, it may be prohibitively costly to indicate the precise actions that each party to the contract should take in every conceivable eventuality. Because of these “transaction costs”, the parties are in practice likely to end up writing a highly incomplete contract.” HART, Oliver; MOORE, John. **Incomplete contracts and renegotiation**. Working paper nº 367 – Department of Economics – Massachusetts Institute of Technology. Jan/1985. p. 1. Disponível em: <<http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/63746/incompletecontra00hart.pdf%3Bjsessionid%3D9CA3D98ADE9C1CACB650D2CB45FB2FA9?sequence%3D1>> Acesso em 31 jan. 2021. Em tradução livre: “Um dos problemas mais sérios que os redatores de um contrato enfrentam é o de especificar todos os aspectos relevantes da execução contratual. Em particular, pode ser proibitivamente caro indicar as ações precisas que cada parte do contrato deve realizar em todas as eventualidades concebíveis. Por causa desses “custos de transação”, é provável que as partes acabem redigindo um contrato altamente incompleto”.

⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 60-61, 161-162.

⁷ ARROSI, Letícia Soster. Os contratos incompletos e a behavioral law and economics. **Revista de Direito Privado**, Vol. 89/2018. p. 43 – 68. Mai/2018.

⁸ “A contract is more incomplete if fewer resources are expended to identify the appropriate design; equivalently, contract incompleteness is measured by the probability that the design specified in the contract needs to be altered ex post. Transaction costs may be wastefully incurred, as it is in the parties’ individual interest to know whether they are vulnerable to (or will benefit from) renegotiation.” TIROLE,

Diante do exposto, um certo grau de vagueza na redação dos contratos tem se tornado uma prática cada vez mais crescente, permitindo a existência de válvulas de escape para as mudanças ocorridas ao longo do tempo⁹. Na opinião de Schreiber a incompletude deve ser interpretada como uma opção das partes por uma “abertura ao futuro”, buscando soluções conforme se verificarem os riscos e surgirem alterações supervenientes¹⁰. Neste contexto, cabe ressaltar o pensamento de Arrozi¹¹:

[...] as partes podem considerar arcar com os custos de transação de efetuar um esforço cognitivo para elaborar cláusulas de renegociação e prever situações futuras, pois é de seu interesse individual saber se serão vulneráveis (ou se beneficiarão) de eventual renegociação.

Assim, a cláusula de renegociação mostra-se uma opção capaz de dar maior previsibilidade às atitudes dos contratantes quando a colmatação de lacunas contratuais se fizer necessária.

Tratando agora da função de adaptação do contrato, ela está relacionada principalmente ao passar do tempo e os seus efeitos nos contratos. As alterações ocorridas em razão do decurso de tempo são vistas como um “dato fisiológico, inerente a todas as relações que se prolongam em uma realidade que constantemente se modifica”¹².

As categorias contratuais mais afetadas pelo decurso de tempo são os contratos de execução diferida¹³, os contratos duradouros ou de duração¹⁴ (periódicos

Jean. Cognition and Incomplete Contracts. **American Economic Review**, 2009, 99:1. p. 266. Disponível em: <<http://econ.lse.ac.uk/staff/lfelli/teach/TiroleAER09.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2021. Em tradução livre: “Um contrato é mais incompleto se menos recursos são gastos para identificar o design contratual apropriado; equivalentemente, a incompletude do contrato é medida pela probabilidade de que o design contratual precise ser alterado *ex post*. Pode-se incorrer em custos de transação desnecessariamente, como é do interesse individual das partes saber se elas são vulneráveis a (ou se beneficiarão com) renegociação”.

⁹ ARROSI, Letícia Soster. Os contratos incompletos e a behavioral law and economics. **Revista de Direito Privado**, Vol. 89/2018. p. 43 – 68. Mai/2018.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 68.

¹¹ ARROSI, Letícia Soster. Os contratos incompletos e a behavioral law and economics. **Revista de Direito Privado**, Vol. 89/2018. p. 43 – 68. Mai/2018.

¹² SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 251.

¹³ “No contrato de execução diferida no tempo, ou retardada, a prestação a ser cumprida se dará em termo futuro, momento em que se terá por extinta a obrigação”. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: contratos**, Vol. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 72; “Tem o cumprimento previsto de uma vez só no futuro”. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2020. p.551.

¹⁴ “A conceituação dos contratos de duração não é unívoca. As hesitações da doutrina começam na denominação, estendendo-se à delimitação e à diferenciação de subespécies. A figura é mais

ou continuados) ou ainda, em sentido mais amplo, os contratos de longa duração. Diante das diferentes nomenclaturas, Schreiber aborda a utilização da terminologia cunhada por Menezes Cordeiro, “contratos pendentes”, a qual abarcaria contratos cujo cumprimento ainda não se exauriu.¹⁵

A alteração das circunstâncias pode fazer com que haja um desequilíbrio contratual, com uma obrigação se tornando mais onerosa para uma das partes, ou ainda, pode ser relativa a um fato imprevisto pelos contratantes que afeta a dinâmica contratual. Por isso, Martins-Costa prevê que os contratos de longo prazo, que também são lacunosos, têm em sua estrutura um projeto de adaptação à realidade. A continuidade da relação entre as partes se dá através da renegociação e de ajustes feitos periodicamente, que podem estar previstos no contrato através de uma planificação de lacunas ou previsão de mecanismos de revisão ou readaptação. O relevante é que o poder de readaptação fique com os próprios contratantes, por isso a importância deste “projeto de adaptação”¹⁶.

Alguns motivos pelos quais seria necessária a adaptação contratual são: ampliação e melhoramento do contrato (ex.: inclusão ou supressão de cláusulas/responsabilidades), manutenção do equilíbrio contratual diante de acontecimentos e/ou consequências imprevistos, evitar conflitos, ou ainda, em razão da boa-fé, equidade e cooperação contratual¹⁷. Ressalta-se que a alteração de circunstâncias pode gerar tanto a necessidade de mudanças unilaterais do contrato

conhecida pelo nome de contrato de trato sucessivo. Outros preferem chamá-la de contrato de execução continuada [...]. Os contratos de duração subdividem-se em contratos de execução periódica e contratos de execução continuada. Os de execução periódica, que se executam mediante prestações periodicamente repetidas, seriam, propriamente, os contratos de trato sucessivo, expressão que se emprega, aliás, incorretamente, para designar todos os contratos de duração, que se executam mediante prestações periodicamente repetidas. Os de execução continuada, aqueles em que a prestação é única, mas ininterrupta.” GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 77; “O contrato de execução sucessiva, ou de trato sucessivo, é aquele que se renova periodicamente com o adimplemento das obrigações contratadas e cumpridas sucessivamente”. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: contratos**, Vol. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 72.

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 239.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

¹⁷ GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 29.

(quando apenas a prestação de uma das partes foi afetada pela mudança) ou bilaterais do contrato (quando as prestações das duas partes foram afetadas)¹⁸.

Assim, a cláusula de renegociação terá a função de adaptação do contrato a novas circunstâncias quando prever que tipo de evento ou situação enseja a necessidade de renegociação.¹⁹

Ainda, é preciso atentar para outras características dos contratos nos quais a cláusula de renegociação geralmente é inserida. Uma delas é que o contrato precisa ser paritário. Conforme Forgioni,

embora a absoluta simetria seja rara, nos contratos paritários a dinâmica do processo de negociação e de execução contratual desenvolve-se sem a marcada preponderância dos interesses de um dos polos.²⁰

Nesse mesmo sentido apontam Stolze e Pamplona Filho, que consideram a existência de contrato paritário na hipótese de as partes estarem em iguais condições de negociação, estabelecendo livremente as cláusulas contratuais²¹. Bandeira vai além e aponta que nas relações paritárias “a equação econômica estabelecida pelas partes por meio da alocação de riscos há de ser observada em toda a vida contratual”²².

Cabe aqui destacar que a Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, através da inclusão do art. 421-A no Código Civil de 2002, inseriu a presunção de que os contratos civis e empresariais são paritários e simétricos. Tal presunção pode ser afastada através da presença de elementos concretos, desde que devidamente justificados²³.

¹⁸ GIANCASPRO, Mark. The rules for Contractual Renegotiation: A Call for Change. **University of Western Australia Law Review**, Vol. 37, Issue 2. p. 3. Mar/2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2618359>. Acesso em 10 jan. 2021.

¹⁹ “[...] a adequação consensual do contrato, fruto de exitoso emprego de cláusula de renegociação, é, sem dúvida, sempre mais eficiente e satisfatória para os contratantes. [...] Logo, é recomendável a inclusão da cláusula de renegociação nos contratos de duração, o que já acontece com frequência nos contratos internacionais”. NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. **Revista do Advogado**. Ano XXXII Nº 116. São Paulo: AASP, jun. 2012, p. 96.

²⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 67.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo **Novo Curso de Direito Civil, volume 4: contratos**. 3 ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 154.

²² BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos incompletos e a soft law. **Revista dos Tribunais**, Vol. 966/2016. p. 145-165. Abr/2016.

²³ Art. 421-A do Código Civil. “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus

Outra característica relevante é a complexidade do contrato. Seu nível é verificado a partir de elementos como a duração da relação, iteração da contratação, valores das prestações, grau de ingerência de uma parte sobre a prestação devida pela outra, magnitude dos prejuízos em caso de insucesso da operação e quantidade de pessoas envolvidas. Quanto mais complexo o contrato, mais atenção e recursos serão empregados pelas partes para assegurar seu cumprimento²⁴.

Também há que se considerar o crescente aumento da importância da cooperação entre as partes contratantes. Para Nery e Rodovalho, a relação jurídica contratual compreendida como relação jurídica de cooperação faz com que as partes não se vejam como adversárias em polos antagônicos, mas “sim como contratantes que visam a um objetivo comum: o fiel cumprimento do contrato”²⁵, ganhando especial relevo nos contratos de longa duração e nos contratos relacionais²⁶. Esta última característica está mais relacionada ao desejo de atualização do contrato por vontade das partes, eis que elas sempre estarão atentas para concretizar os interesses mútuos e os interesses da outra parte.

Apesar de no texto acima terem sido mencionadas diversas características, o fato delas não estarem presentes em determinado contrato não deve ser visto como óbice para a utilização da cláusula de renegociação. Tendo sido feito o panorama de atuação, cabe destacar o pensamento de Gavazzoni:

Para preservar contratos comprometidos em sua essência, que se descubram incompletos em seus termos, ininteligíveis, que, em virtude de um evento qualquer, se tornem desequilibrados e injustos, surge para as partes o caminho de rever seus pactos e de adaptá-los para possibilitar as condições inicialmente previstas.²⁷

pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”

²⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 60.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011.

²⁶ Acerca dos contratos relacionais: “O dever de cooperação é notável e mais exigente nos contratos relacionais, que partem de interações contínuas. São relações de confiança e pessoais que não correspondem ao clássico antagonismo de interesses.” LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. Vol. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.116.

²⁷ GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 16.

Nesse sentido, Kroetz²⁸ prega que para que haja a renegociação é preciso que as partes contratantes tenham aderido previamente à tentativa de repactuação, podendo inserir cláusulas de renegociação no contrato, antevendo a sua necessidade no decorrer da relação contratual.

2.2 DESAFIOS NA APLICAÇÃO

Conforme já mencionado, ainda não faz parte da práxis contratual brasileira a frequente utilização de cláusulas de renegociação. Este fato pode ter diversas origens e resultar da conjunção de diversos fatores. A seguir são elencados alguns desafios que podem estar dificultando a aplicação da cláusula: a dúvida sobre a (in)segurança jurídica gerada pela cláusula, bem como a mentalidade, o comportamento e a atuação dos advogados e das partes.

A falta de segurança jurídica das decisões judiciais não é um problema novo aos jurisdicionados. Na pandemia do COVID-19, isto se acentuou²⁹ diante da situação sem precedentes que está sendo enfrentada pela sociedade. Todavia, maior do que o medo de não saber qual a decisão que será proferida pelo juízo parece ser a preocupação de que a cláusula de renegociação gerará insegurança contratual, sendo este um dos primeiros desafios enfrentados.

Os temores da falta de segurança jurídica e de que o contrato deixará de ser cumprido caso invocada a cláusula de renegociação exemplificam motivos que refreiam as partes de utilizá-la. Felizmente, tal preocupação não merece guarida. Como aponta a doutrina de Nery e Rodvalho:

é justamente a pretensão da imutabilidade nas circunstâncias fáticas nos contratos de execução diferida ou de longa duração que acarreta insegurança, tornando esse contrato uma “loteria”, fonte de incertezas para

²⁸ KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 116-117.

²⁹ Acerca da revisão contratual, noticia Azevedo que “em razão da notória pandemia da doença COVID-19, em 2020, causada pelo extremamente contagioso coronavírus Sars-Cov-2, decisões judiciais foram proferidas decretando a resolução de contratos, diante de situações de impossibilidade de adimplemento obrigacional incontornável; e outras decisões entenderam por bem modificar cláusulas e condições contratuais a título de solução passageira para evitar a extinção de contratos no período do isolamento e paralisação de algumas atividades empresariais [...]”. AZEVEDO, Marcos Villaça de. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 143.

as partes contratantes, que, em última análise, limitaria ou mesmo impediria que contratos com períodos mais longos pudessem ser pactuados.³⁰

No mesmo sentido, apontam Glitz e Santos que, ainda que possa parecer paradoxal, “também se concede segurança quando se sabe que os termos podem ser mutáveis: nada mais seguro que um contrato permanentemente equilibrado”.³¹ Glitz defende ainda que

A possibilidade de readaptação dos contratos ante as novas condições do negócio viabilizaria a manutenção da relação contratual, da confiança das partes e garantiria um certo grau de segurança jurídica (já que as partes estabeleceriam os novos limites para o cumprimento das obrigações).³²

Recorrendo novamente aos ensinamentos de Nery e Rodovalho, conclui-se que

nem o dever de renegociação nem a teoria da base objetiva do negócio jurídico encerram em si a ideia de supressão do princípio do “pacta sunt servanda”, e sim compatibilizam esse princípio com a causa, a função e a finalidade que o contrato inicialmente perseguia.³³

Diante do posicionamento dos doutrinadores acima, restam afastadas as presunções de que a cláusula de renegociação é sinônimo de insegurança contratual. Nesse sentido, é importante que as partes entendam o funcionamento da cláusula e compreendam seus benefícios, para então, por vontade própria, inserirem-na no contrato.

No entanto, muitas vezes as partes sequer detêm o ânimo de buscar decidir os problemas por conta própria, preferindo deixar o peso da decisão sobre um juiz ou árbitro, ainda que isso signifique a possibilidade de o resultado ser diferente do esperado³⁴. Este seria um segundo desafio e está relacionado à necessidade de

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011.

³¹ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. A cláusula de hardship e o equilíbrio contratual – uma fórmula de justiça e democracia contratual? In: GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina A. Amorim (org.). **Desenvolvimento, democracia e dignidade da pessoa humana**. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 277-297.

³² GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 176.

³³ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011.

³⁴ Deixar a decisão a cargo de um terceiro pode fazer com que a solução encontrada não se coadune com os interesses das partes, já que, nos dizeres de Arrosi, “a racionalidade dos agentes econômicos inseridos em determinado mercado por vezes é diferente daquela do intérprete”. ARROSI, Leticia

aumentar o protagonismo dos contratantes e a autorresponsabilidade destes em resolver seus próprios conflitos³⁵.

Guerra contextualiza que a demanda de conscientização das partes por sua autorresponsabilidade e cooperação se intensificou durante a pandemia de COVID-19. Destaca que não se trata de uma cooperação altruísta, mas sim aquela que reconhece que os objetivos são positivamente relacionados, portanto, o auto interesse exigiria a colaboração. Ainda, acerca das lições ensinadas pela pandemia nesta seara, destaca que

uma delas é central: mais que nunca, solidariedade e autorresponsabilidade são essenciais para a sobrevivência das relações contratuais de Direito Privado. [...] É, enfim, momento de resgate da autorresponsabilidade no preservar dos contratos.³⁶

Nos dizeres de Glitz,

A parceria oriunda do esforço mútuo dos contratantes para viabilizar seu negócio, adequando-o a novas circunstâncias, talvez revelasse uma nova forma de justiça social, mais participativa e, por consequência, mais próxima da realidade contemporânea.³⁷

Diante disso, o incentivo para que as partes estejam abertas a renegociar seus contratos, agindo cooperativamente sem depender da decisão de um terceiro, não deve se restringir ao período pandêmico, mas sim ser colocado em prática de forma ampla. Muitas vezes tal incentivo vem dos advogados que assessoram as partes durante a contratação, por isso, passa-se a falar da postura destes.

Por mais que nos últimos anos tenha se verificado uma popularização dos meios adequados de solução de conflitos, sendo a Resolução nº 125/2010 do

Soster. Os contratos incompletos e a behavioral law and economics. **Revista de Direito Privado**, Vol. 89/2018. p. 43 – 68. Mai/2018.

³⁵ Neste sentido, interessante a obra “A culpa não é minha!?”, que tem o propósito de indagar o leitor sobre como as pessoas lidam com os conflitos e quais atitudes elas podem ter em sua tomada de decisão para reagir de forma adequada e estratégica em relação aos conflitos. As autoras se utilizam dos eixos da percepção, responsabilização e conexão para abordar a temática. CANUTO, Alessandra; CARVALHO, Adryanah; ISOLDI, Ana Luiza. **A culpa não é minha!?: Guia para resolver seus conflitos e tomar decisões**. 1 ed. São Paulo: Literare Books International, 2019. ePUB.

³⁶ GUERRA, Alexandre. Solidariedade, autorresponsabilidade e contrato: lições de protagonismo nas relações contratuais de Direito Privado em tempos de pandemia de Covid-19. **Cadernos Jurídicos**, ano 21, nº 55, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, Jul - Set/2020. p. 113. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/material/CadernosJuridicoEPM.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2021.

³⁷ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 178.

Conselho Nacional de Justiça, a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e o próprio Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) importantes marcos deste movimento, a mudança de mentalidade para que os profissionais do Direito tenham uma abertura às soluções consensuais e autocompositivas não ocorre de uma hora para outra. Assim, muitos advogados ainda continuam presos a uma mentalidade estritamente litigante.

Nesse sentido, cabe uma reflexão sobre a advocacia multidimensional mencionada por Barton e Cooper³⁸. Os autores identificam três dimensões do advogado: a lutadora, a solucionadora de problemas e a designer. A mais frequentemente associada à figura do advogado tradicional é a dimensão lutadora, que é reforçada pelos procedimentos contenciosos, os quais comprimem os problemas humanos em moldes jurídicos, funcionando numa lógica vertical, do poder hierárquico do sistema jurídico. Todavia, nas dimensões solucionadora de problemas e designer o advogado consegue ter uma atuação preventiva³⁹ e criativa, de forma horizontalizada, mais participativa àqueles efetivamente envolvidos com o problema.

Nas palavras dos autores, ser um advogado designer e resolvidor de problemas significa que o profissional focará menos em reivindicar regras e mais em promover relações saudáveis e a realização humana, revelando o valor das relações nas soluções encontradas. Para construir soluções melhores e mais duráveis os profissionais do Direito devem trabalhar com a construção e manutenção de relações que sobreviverão a situações jurídicas pontuais⁴⁰.

Infelizmente, por muito tempo o ensino jurídico esteve voltado apenas para esta dimensão lutadora, focada na litigância. Nas palavras de Tartuce,

O profissional do Direito não costuma contar, em seu panorama de formação, com a habilitação para contar com meios consensuais, sendo seu estudo orientado para a abordagem conflituosa na maior parte do tempo. [...] Tal problema, porém, é contornável desde que sejam proporcionados instrumentos para o ensino das técnicas e sua divulgação aos operadores do Direito para que elas sejam empregadas.⁴¹

³⁸ BARTON, Thomas D.; COOPER, James M.. **Preventive law and creative problem solving: multi-dimensional lawyering.** Disponível em <http://www.proyectoacceso.com/CCPS/articles_interest.htm>. Acesso em 13 fev. 2021.

³⁹ Os autores apontam que a advocacia preventiva se trata de prevenir litígios, e não de prever quais seriam os argumentos vencedores em futuras disputas judiciais.

⁴⁰ BARTON, Thomas D.; COOPER, James M.. **Preventive law and creative problem solving: multi-dimensional lawyering.** Disponível em <http://www.proyectoacceso.com/CCPS/articles_interest.htm>. Acesso em 13 fev. 2021.

⁴¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo, Método, 2018. p. 99.

No mesmo sentido, apontam Pinho e Mazzola para a importância do estudo dos métodos adequados de solução de conflitos ainda durante a formação dos profissionais do Direito. Para eles tal “medida é fundamental para incentivar e estimular cada vez mais as técnicas de autocomposição e a construção do consenso”⁴².

Ainda que durante a sua formação o advogado não tenha tido acesso a estes conhecimentos, é importante que busque complementar seus estudos, eis que o Código de Ética e Disciplina da OAB dispõe, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI, que os advogados devem, sempre que possível, prevenir a instauração de litígios⁴³. A partir deste dispositivo, Faleck identifica três consequências práticas para uma boa advocacia:

(i) espera-se pela capacidade do advogado de negociar efetivamente em favor de seus clientes, o que implica o domínio teórico e prático da arte e ciência da negociação; (ii) com a introdução dos meios adequados de solução de controvérsias na legislação atual, espera-se que o advogado detenha o conhecimento do menu de mecanismos processuais disponíveis, de suas funcionalidades, potencialidades e adequação para o caso concreto; (iii) mais do que isso, espera-se que o advogado seja honesto e transparente, e que informe proativa e devidamente o seu cliente sobre as alternativas processuais disponíveis, suas vantagens e desvantagens, em contextos concretos.⁴⁴

A partir das lições do autor, poderia se acrescentar que o advogado deva dominar tecnicamente não apenas mecanismos processuais, mas também ferramentas contratuais, dentre elas a cláusula de renegociação. Tal conhecimento, atrelado a uma postura proativa do operador do direito pode em muito contribuir para que conflitos sejam prevenidos através de comportamentos cooperativos e colaborativos entre as partes contratantes.

⁴² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 219.

⁴³ Código de Ética e Disciplina da OAB. Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes. Parágrafo único. São deveres do advogado: [...] VI - estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

⁴⁴ FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 41.

Em tal linha de pensamento, também cabe mencionar o pensamento de Veronica Beer⁴⁵:

Essa importância dada ao advogado como “consultor” e “orientador” deve ser cada vez mais priorizada, pois, na busca pela cultura da pacificação, será ele que abrirá as portas do diálogo com a parte contrária, buscando a melhor solução para o caso, que muitas vezes não será a sua judicialização.

Diante do exposto, Kazuo Watanabe, ao tratar da cultura da sentença e da cultura da pacificação, indica como prioritária “a busca da pacificação das partes, ao invés da solução adjudicada do conflito”⁴⁶. O advogado tem papel central neste desafio, devendo se utilizar de todos os mecanismos disponíveis para promover uma cultura de pacificação social.

Neste tópico viu-se que a cláusula de renegociação acaba sendo pouco utilizada em razão do receio de que ela traga insegurança aos contratos, em razão de as próprias partes preferirem delegar a decisão a um terceiro, em razão de os advogados não terem uma postura incentivadora da autocomposição ou não terem conhecimento aprofundado acerca da cláusula, por exemplo, em decorrência das características de sua formação.

Ainda que muito relevante para viabilizar a aplicação da cláusula de renegociação, a questão do desenvolvimento de uma mentalidade voltada à autocomposição é influenciada por diversos fatores, não sendo estes o foco do presente trabalho. Quanto à questão da insegurança trazida pela cláusula, esta já foi afastada. Por isso, o direcionamento aqui tomado é no sentido de auxiliar os operadores do Direito a compreenderem melhor a cláusula e seus componentes, para que possam empregá-la de forma técnica e adequada, inclusive convencendo os contratantes dos benefícios de sua utilização.

3 CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO E FIGURAS AFINS

Considerando o panorama traçado no capítulo anterior, passa-se a tratar propriamente da cláusula de renegociação. Ela pode ser definida como aquela em

⁴⁵ BEER, Veronica. Mediação empresarial e os advogados. In: BRAGA NETO, Adolfo (Org.). **Mediação Empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo: CLA Cultural, 2019, p. 293.

⁴⁶ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. 1 ed. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 690.

que as partes optam por contratar uma oportunidade de renegociar, de gerar um novo consenso de vontades, sendo uma válvula de escape para repensar os termos contratuais. Para isso, as partes definem as razões e a forma como se dará a renegociação. Com este enquadramento em mente, cabe agora olhar para esta cláusula enquanto elemento inserido no contrato.

Primeiramente, recorre-se aos ensinamentos de Antônio Junqueira de Azevedo em sua obra acerca dos três planos de análise do negócio jurídico: existência, validade e eficácia.

O autor identifica como elemento do negócio jurídico “tudo aquilo que compõe a existência no campo do direito”⁴⁷. Dentre as três espécies de elementos elencadas por Azevedo - gerais, categoriais e particulares⁴⁸ – nos interessa esta última. A respeito dela assim discorre o autor:

quanto aos elementos particulares, são eles aqueles que, apostos pelas partes, existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócio. Esses elementos são sempre voluntários e, por isso, distinguem-se claramente dos elementos categoriais. Os elementos particulares, por serem colocados no negócio pelas partes, são em número indeterminado, tornando impossível o seu estudo completo.⁴⁹

Ele prefere não utilizar a nomenclatura de elementos acidentais para se referir aos elementos particulares, já que o termo “acidental” poderia remeter à ideia de que seriam elementos de importância secundária. Ainda, traz a doutrina de Moreira Alves acerca destes elementos:

⁴⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31.

⁴⁸ “Assim, a classificação que fazemos dos elementos do negócio jurídico é: a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio. [...] Os elementos gerais, [...] são, pois, aqueles sem os quais nenhum negócio existe. Podem ser: a) intrínsecos (ou constitutivos): forma, objeto e circunstâncias negociais; e b) extrínsecos (ou pressupostos): agente, lugar e tempo do negócio. [...] Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constróem.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32-35.

⁴⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38.

eles somente são acidentais se considerados abstratamente; se, num caso concreto, forem apostos ao negócio jurídico, tornam-se seus elementos essenciais, porque ficam intimamente ligados a eles.⁵⁰

Também vale destacar o pensamento de Francisco Amaral acerca do tema:

Elementos acidentais são os que se acrescentam à figura típica do ato para mudar-lhe os respectivos efeitos. São, assim, instrumentos de eficácia à disposição do agente para adaptar os efeitos de sua manifestação de vontade a circunstâncias futuras. [...] Seu número é infinito, mas os mais frequentes, e por isso mesmo disciplinados em lei, são a condição, o termo e o modo ou encargo, que as partes podem incluir nas cláusulas dos negócios jurídicos⁵¹.

Diante de tais teorizações, é possível identificar a cláusula de renegociação como um elemento particular, já que não é um tipo de cláusula característico de uma determinada espécie contratual e é inserido no contrato a partir da vontade das partes. Uma vez inserida no contrato, a cláusula de renegociação reformula a lógica deste, eis que diante da ocorrência de um dos gatilhos da cláusula, se tem um esforço cooperativo na tentativa de renegociar os termos contratuais.

Cabe ressaltar que a cláusula de renegociação não é uma condição, pois a eficácia da obrigação principal não depende dela, não gera efeitos *a priori* sobre a obrigação principal. Os efeitos dessa cláusula sobre o contrato surgem apenas quando ela é invocada, já que é ao final da renegociação que os termos do contrato podem ter sido alterados em razão de acordo, afetando, pois, a obrigação principal.

Uma outra diferenciação que merece ser abordada é a classificação das cláusulas de renegociação conforme o grau de atuação dos contratantes⁵². Em primeiro lugar tem-se as cláusulas automáticas, as quais não requisitam a intervenção das partes, eis que as condições de aplicação e critérios para a adaptação do contrato já estão previamente elencados. Alguns exemplos desse tipo de cláusula incluem

⁵⁰ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. *apud* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 39.

⁵¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 504.

⁵² A classificação é elaborada por Judith Martins-Costa, também sendo mencionada por Maria Candida Pires Vieira do Amaral Kroetz. MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010; KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. *In*: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 117.

previsões de indexação de preços, correção monetária ou cláusulas de escala móvel⁵³. Nas palavras de Gavazzoni, na cláusula automática

Os eventos são descritos e claros, o método de adaptação é bem delineado, e a modificação do contrato se faz sem interrupções ou necessidade de provocação das partes, bastando o surgimento do evento descrito. [...] Não são todos os problemas de desequilíbrio contratual que podem ser resolvidos pelas fórmulas automáticas de adaptação, havendo necessidade das demais cláusulas, que permitem às partes certa liberdade de atuação [...].⁵⁴

Já tratando de cláusulas em que há participação dos contratantes, tem-se, em segundo lugar, as cláusulas semiautomáticas. Estas são geralmente utilizadas para um realinhamento das condições ofertadas quando se está diante de novas/melhores ofertas da concorrência, ou para criação de salvaguardas. Um exemplo seriam as cláusulas de cliente mais favorecido⁵⁵.

Em terceiro lugar temos as cláusulas não automáticas, as quais exigem ativa participação dos contratantes. São utilizadas para impor uma obrigação de renegociar para reestabelecer o equilíbrio contratual perdido em razão de acontecimento superveniente, sendo exemplo a cláusula de *hardship*, que será analisada mais adiante. Schreiber utiliza a terminologia “cláusulas de revisão participativa do contrato”⁵⁶, eis que dependem da participação das partes para que seja deflagrada sua eficácia.

Nanni prega que cláusulas automáticas por vezes não respondem de maneira satisfatória à alteração de circunstâncias, já que tratariam de apenas um único

⁵³ “A cláusula de escala móvel é o instrumento contratual de proteção contra a desvalorização da moeda que ocorre em tempos de inflação. Tem como escopo restabelecer o equilíbrio entre prestação e contraprestação, por meio do reajuste do valor das prestações que serão pagas, de acordo com o índice de correção estipulado pelas partes, que mede as variações monetárias de um determinado período.” AZEVEDO, Marcos Villaça de. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 133.

⁵⁴ GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 134-135.

⁵⁵ Martins-Costa é quem traz o exemplo das cláusulas de cliente mais favorecido como cláusulas semiautomáticas. MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010; Já Gavazzoni as elenca como cláusulas automáticas, eis que havendo a contratação com um novo cliente em termos mais favoráveis, os mesmos termos seriam incorporados ao cliente anterior. Esta autora apresenta a seguinte definição para as cláusulas de cliente mais favorecido: “são cláusulas pactuadas para garantir que certos privilégios que possam ser concedidos a outros clientes em contratos de mesma natureza sejam estendidos ao contratante, cujo contrato contém a cláusula, propiciando-lhe o mesmo tratamento que um contrato subsequente negociando com outra parte, ainda que a primeira não tenha absolutamente nada a ver com o último acordo.” GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 139.

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 316.

aspecto, ao passo que as cláusulas não automáticas permitiriam o reequilíbrio global do contrato.⁵⁷ Nas palavras do autor, a cláusula de renegociação “consiste em uma norma de conduta, a qual instaura um procedimento voluntário entre as partes para perquirirem consensualmente a adequação.”⁵⁸

Portanto, é nesta terceira categoria (cláusulas não automáticas) que se insere a cláusula de renegociação abordada no presente trabalho. Todavia, como já mencionado quando da apresentação de suas possíveis funções, buscou-se apresentar outros usos para além da obtenção do reequilíbrio contratual.

De modo geral, o objeto da cláusula de renegociação é uma prestação autônoma, independente da obrigação principal, que atua para otimizar o adimplemento satisfatório. Tal prestação é inserida no contrato para possibilitar ou auxiliar no cumprimento da prestação principal, tendo com esta uma relação de instrumentalidade⁵⁹. No caso da cláusula de renegociar, a prestação gerada é a obrigação de renegociar, a qual será abordada de forma mais detalhada no capítulo 5.

Considerando as características da cláusula de renegociação expostas até o momento, é importante distingui-la de duas outras cláusulas já consolidadas na prática contratual: as cláusulas de *hardship* e as cláusulas de resolução de conflitos. O estudo delas contribuirá para uma melhor elaboração da cláusula de renegociação.

3.1 CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

A vida de um contrato está sujeita a diversos riscos e contratempos. O legislador nacional atua buscando garantir o equilíbrio entre os contratantes e evitar abusos. Todavia, na seara internacional não há um legislador capaz de intervir nos contratos nos mesmos moldes do legislador nacional. Assim, as partes envolvidas em

⁵⁷ NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. **Revista do Advogado**. Ano XXXII Nº 116. São Paulo: AASP, jun. 2012, p. 91.

⁵⁸ NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. **Revista do Advogado**. Ano XXXII Nº 116. São Paulo: AASP, jun. 2012, p. 89.

⁵⁹ Nas palavras de Judith Martins-Costa, este tipo de prestação se configura como dever anexo, os quais tem seu fundamento último na boa-fé. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 241-242). Especificamente acerca da obrigação de renegociar, a autora ressalta que “a boa-fé é chamada não como fonte primária da obrigação de renegociar, mas como parâmetro da conduta devida no momento da execução do contrato, incluso o processo renegociatório (boa-fé *in executivis*)”. MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

um contrato internacional precisaram desenvolver, por elas próprias, a partir da autonomia da vontade, mecanismos que permitissem a superação das dificuldades surgidas ao longo da execução do contrato. Com o uso frequente, tais mecanismos foram se incorporando à prática internacional. Um deles foi a cláusula de *hardship*, surgida no contexto dos contratos comerciais internacionais de longa duração. Tal cláusula é amostra da atividade criadora da prática negocial, sendo uma solução original para a preservação do contrato.⁶⁰

Recorrendo aos ensinamentos de Bruno Oppetit, a cláusula de *hardship* pode ser definida como aquela na qual as partes

poderão demandar uma reorganização do contrato que as liga, se uma mudança produzida nos dados iniciais em vista dos quais elas se comprometeram, vem modificar o equilíbrio desse contrato ao ponto de fazer uma das partes suportar um rigor *hardship* injusto.⁶¹

O uso desta cláusula foi se tornando mais frequente, a ponto de importantes documentos de *soft law*, como, por exemplo, os Princípios Unidroit, referência a nível internacional, passarem a abordar a temática de *hardship*:

ARTICLE 6.2.2

(Definition of hardship)

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.⁶²

⁶⁰ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 138, 140; GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 103.

⁶¹ OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship". *apud* GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 106-107. Gavazzoni, aponta, com suas palavras, a definição de *hardship* nos seguintes termos "permite às partes obter a renegociação dos termos contratuais em caso de ocorrências supervenientes à sua conclusão, durante a execução, que alterem o equilíbrio da obrigação, dificultando-o para uma das partes."

⁶² INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016**. Rome: Unidroit, 2016. p. 218. ARTIGO 6.2.2 (Definição de *hardship*) Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato; (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato; (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e (d) o risco pela superveniência dos fatos não

Da definição de *hardship* prevista no artigo e dos comentários⁶³ feitos a ela se depreende que para que haja a ocorrência de *hardship* é necessário que a alteração do equilíbrio contratual seja fundamental. Tal fundamentalidade é verificada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, podendo se manifestar através de um substancial incremento do custo da obrigação para uma das partes ou de uma substancial redução de valor da obrigação recebida por uma das partes.

Outro requisito é que a desvantagem para uma das partes se dê após a conclusão do contrato. Caso a parte tivesse conhecimento do evento que desencadeou a desvantagem antes de entrar no contrato, teria tido a possibilidade de considerá-los na redação contratual e, portanto, não poderia se valer de *hardship*. Ademais, a circunstância que gerou a desvantagem não poderia ter sido razoavelmente prevista pelas partes quando o contrato foi concluído, e tampouco poderia estar dentro da esfera de controle da parte prejudicada. Por fim, o *hardship* só poderia ser aplicado às prestações ainda não cumpridas.

É válido mencionar a crítica de Fontaine⁶⁴ sobre a definição de *hardship* trazida pelos Princípios. Tal autor entende que ela estaria demasiadamente fixada na noção de desequilíbrio, não mencionando os casos em que a utilidade econômica do contrato é perdida sem que necessariamente tenha ocorrido um desequilíbrio econômico.

Quanto aos efeitos de *hardship*, assim dispõe o artigo 6.2.3. dos Princípios Unidroit:

ARTICLE 6.2.3

(Effects of hardship)

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a)

foi assumido pela parte em desvantagem. Tradução disponível em <<https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/other-languages/portuguese-black-letter>>. Acesso em 13 fev. 2021. De acordo com o dicionário Cambridge, a tradução de “hardship” para português é dificuldade, provação. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/hardship>>. Acesso em 13 fev. 2021.

⁶³ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016**. Rome: Unidroit, 2016. p. 218-222.

⁶⁴ FONTAINE, Marcel. Les disposition relatives au hardship et à la force majeure. *apud* GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 163.

terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.⁶⁵

A partir de tal artigo e dos comentários⁶⁶ a ele relacionados, tem-se que a parte em desvantagem pode solicitar uma renegociação dos termos originais do contrato, visando adaptá-lo às novas circunstâncias. Todavia, não surge tal possibilidade se a nova circunstância já é remediada por uma cláusula de adaptação automática.

A parte que solicita a renegociação deve fazê-la em tempo hábil, sem atrasos injustificados, sob pena de isso gerar uma desconfiança acerca da real ocorrência de *hardship*. Ela também deverá indicar as bases sobre as quais invoca *hardship*, de modo que a outra parte consiga avaliar se o pedido de renegociação está devidamente fundamentado⁶⁷.

O ponto (2) do referido artigo dispõe que o pedido de renegociação não enseja a suspensão do cumprimento das obrigações. A razão de existir deste dispositivo é para evitar o uso abusivo do pedido de renegociação. No entanto, diante de circunstâncias extraordinárias, é possível justificar a suspensão das obrigações.

Ainda, mesmo que nada tenha sido dito no artigo, entende-se que a conduta de ambas as partes durante a renegociação deve seguir o princípio geral de boa-fé, além do dever de cooperação. Ou seja, a condução das tratativas deve ser feita de maneira construtiva, com as partes fornecendo todas as informações necessárias. Por fim, caso não seja atingido o acordo, as partes podem recorrer à tutela jurisdicional, nos termos do ponto (4).

⁶⁵ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016**. Rome: Unidroit, 2016. p. 223. ARTIGO 6.2.3 (Efeitos da *hardship*) (1) Em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia. (2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução. (3) À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal. (4) Caso o Tribunal considere a existência de *hardship*, poderá, se for razoável, (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio. Tradução disponível em <<https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/other-languages/portuguese-black-letter>>. Acesso em 13 fev. 2021.

⁶⁶ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016**. Rome: Unidroit, 2016. p. 223-226.

⁶⁷ “Ao referido direito de pleitear renegociações há de corresponder, naturalmente, um dever da contraparte a quem o pleito se dirige, mais especificamente o dever de responder à pretensão de renegociação, adotando o mesmo agir transparente e comunicativo que lhe foi reservado pelo outro contratante.” SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 284.

Estes dois artigos, tratando dos requisitos e dos efeitos de *hardship*, auxiliam a compreender a racionalidade de aplicação da cláusula de *hardship*, bem como seu contexto de atuação. Levando isso em consideração passamos ao estudo de algumas características da cláusula de *hardship*. Iniciando pelas finalidades da cláusula, Glitz⁶⁸ identifica duas: uma negativa, no sentido de evitar a dissolução do contrato, e outra positiva, no sentido de oportunizar a renegociação das cláusulas contratuais.

Quanto às funções que a cláusula desempenha, Martins-Costa⁶⁹ elenca quatro delas: assegurar a preservação do equilíbrio econômico e a continuidade do contrato; permitir que os ônus causados pela condição superveniente sejam divididos entre as partes (conforme previsto em acordo ou decisão de terceiro por elas escolhido); impedir a extinção do contrato por onerosidade excessiva (o contrato ainda pode ser útil); e encontrar um novo regime que se adapte aos interesses dos contratantes, havendo uma reorganização do pactuado. Forgioni⁷⁰, por sua vez, identifica como função econômica da cláusula de *hardship* a possibilidade de que as partes lidem com os riscos, previsíveis ou imprevisíveis, alocando-os entre si ou buscando reequilibrar a equação econômico-financeira no caso de frustração das expectativas negociais.

Acerca do conteúdo e do objetivo da cláusula, Gavazzoni socorreu-se em diversos doutrinadores internacionais para abordar a temática: Alfonso Caravaca e Luis Fernández de la Gandara entendem que o objetivo da cláusula é redefinir as obrigações contratuais e recompor o equilíbrio; David Yates entende que a cláusula de *hardship* objetiva modificar a relação contratual estática para uma relação dinâmica através da renegociação, e para isso entende que são necessárias uma definição de quando se considera surgida uma situação de *hardship*, a definição de um processo a ser adotado quando ocorre *hardship* e uma previsão do que ocorre caso não se chegue a um acordo/uma das partes não queira renegociar; Harold Ullman entende que bastam para a cláusula de *hardship* uma definição do que é *hardship* e um método para adaptar o contrato.⁷¹

⁶⁸ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 167.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

⁷⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 153.

⁷¹ CARAVACA, Alfonso; GANDARA, Luis Fernández de la. Contratos internacionales; YATES, David. Drafting force majeure and related clauses; ULLMAN, Harold. Enforcement of hardship clauses in the

Nesse sentido, a estrutura da cláusula abarcaria dois elementos distintos: “a definição do que constitui um evento de *hardship* e o método por meio do qual será realizada a adaptação do contrato.”⁷² Pádua e Queiroz acrescentam um terceiro elemento, que seria a especificação das sanções diante da recusa de uma das partes em renegociar⁷³.

Tratando do procedimento⁷⁴, em primeiro lugar é preciso notificar a outra parte da ocorrência de evento imprevisto dentro de um tempo razoável, explanando as circunstâncias e como elas afetaram o contrato, além de fazer prova do alegado e propor meios para reparar o desequilíbrio. A parte notificada deverá responder se concorda ou não com a ocorrência de *hardship* e delimitar o âmbito da renegociação.

Também é importante estabelecer um prazo limite para a tentativa de renegociação, bem como diretrizes para a revisão e a definição sobre a manutenção ou suspensão da execução do contrato durante as tratativas⁷⁵. Cabe destacar que, exceto havendo estipulação em contrário, a cláusula não limita quantidade de vezes que pode ser invocada⁷⁶.

Contudo, não se pode descartar o cenário em que uma das partes se recusa a negociar, configurando violação contratual passível de condenação em perdas e danos.⁷⁷ Apesar desta possibilidade, Glitz aponta como vantagem inicial da cláusula de *hardship* a amenização da “tensão existente entre os princípios do *pacta sunt servanda* e *rebus sic standibus*”⁷⁸. Outras vantagens seriam a oportunidade de as

French and American legal systems. *apud* GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 113-114.

⁷² GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 161.

⁷³ PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

⁷⁴ GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 120-122; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 170-171.

⁷⁵ Gavazzoni aponta que para evitar o abuso à cláusula de *hardship* no sentido de uma das partes procrastinar o cumprimento da obrigação tem-se que até que os contraentes cheguem a uma solução, o contrato continua produzindo efeitos, ainda que em desequilíbrio. Uma vez que as partes concordem com a existência de *hardship*, a “adaptação será retroativa ao início do desequilíbrio devidamente comunicado, e o período em que o contrato se manteve vigente de forma desequilibrada será compensado, da forma avençada pelas partes”. GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 122.

⁷⁶ GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 116.

⁷⁷ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 169.

⁷⁸ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 174.

partes escolherem quais eventos ensejarão a incidência da cláusula, o nível de detalhamento para que se configurem tais eventos, e os procedimentos a serem seguidos na renegociação. Ou seja, é permitida uma atuação das partes com grande margem de flexibilidade, já que a delimitação de tais itens se dá dentro da esfera de sua autonomia privada⁷⁹.

Nesse sentido, as partes não ficariam presas à aplicação estrita de certas teorias ou normas jurídicas⁸⁰, mas caso queiram, na hipótese de não terem chegado a um acordo, podem designar um terceiro (árbitro, juiz, perito...) para que este proceda à adaptação do contrato.⁸¹

Para Glitz e Santos, a cláusula de *hardship* é

a afirmação máxima da democracia contratual: a construção pelos contratantes de um novo equilíbrio negocial [...] Pautada na autonomia privada, a cláusula de *hardship* permite a organização da forma como este “ato de cooperação” se daria. Atentando, no entanto, para o fato de que o regramento desta obrigação deve impedir seu [uso] indiscriminado (o que, certamente, poderia ferir a confiança na relação e no instrumento).⁸²

No mesmo sentido, ainda que em um primeiro momento a justificativa para o uso desta cláusula esteja voltada à minoração de riscos, vislumbra-se que ela também

⁷⁹ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 167; NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011; PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

⁸⁰ “Utilizando-se das cláusulas de *hardship*, é possível estabelecer a forma e os elementos que irão perfilar o exercício revisional do termo ajustado. Já as aplicações de teorias ou normas jurídicas devem seguir, exatamente, o prescrito na própria inteligência teórica ou no regramento legal que intenta regular a matéria.” PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

⁸¹ GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 117.

⁸² GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. A cláusula de hardship e o equilíbrio contratual – uma fórmula de justiça e democracia contratual? *In*: GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina A. Amorim (org.). **Desenvolvimento, democracia e dignidade da pessoa humana**. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 277-297.

é instrumento para a conservação⁸³ e funcionalização do contrato, bem como para a justiça contratual.⁸⁴

Apenas a título de exemplo, é trazido um modelo de cláusula de *hardship*:

1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. 2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: [a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that [b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event. 3. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.⁸⁵

Nela é possível identificar alguns dos elementos acima indicados, como a não suspensão da execução do contrato, a comprovação de excessiva onerosidade e imprevisibilidade do evento causador de *hardship* (o qual não estava na esfera de controle das partes), a necessidade de invocar a cláusula em tempo razoável, a

⁸³ Para Glitz e Santos a cláusula de *hardship* “fundamenta o princípio da conservação do contrato frente a alterações de fatores de ordem financeira, econômica, social, política, legal ou até mesmo tecnológica que causem um dano ou uma onerosidade excessiva a uma das partes do contrato.” GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. A cláusula de *hardship* e o equilíbrio contratual – uma fórmula de justiça e democracia contratual? In: GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina A. Amorim (org.). **Desenvolvimento, democracia e dignidade da pessoa humana**. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 277-297.

⁸⁴ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de *hardship***. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 174-176.

⁸⁵ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003**. Paris: ICC Publishing S.A., 2003. p. 15. Na tradução livre de Anderson Schreiber: “1. Um contratante está obrigado a cumprir as suas obrigações contratuais mesmo que os acontecimentos tenham tornado o cumprimento mais oneroso do que poderia razoavelmente ter sido antecipado no momento da celebração do contrato. 2. Sem prejuízo do disposto no n.1 desta Cláusula, quando uma parte num contrato comprova que: (a) o continuado cumprimento dos seus deveres contratuais tornou-se excessivamente oneroso devido a um evento que ultrapassa o seu controle razoável e que não se podia razoavelmente esperar que tivesse tomado em consideração quando da celebração do contrato; e que (b) não poderia razoavelmente ter evitado ou superado o evento ou suas consequências, as partes estão obrigadas a, dentro de um prazo razoável da invocação desta Cláusula, negociar termos contratuais alternativos que razoavelmente acomodem as consequências do evento. 3. Quando o parágrafo 2 desta Cláusula for aplicável, mas quando as cláusulas contratuais alternativas que razoavelmente acomodem as consequências do evento não forem aceitas pela outra parte no contrato como previsto naquele parágrafo, a parte que invoca esta Cláusula tem direito à extinção do contrato”. SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 316.

estipulação de renegociação entre as partes e, em caso de não chegar ao acordo, a possibilidade de pedir a resolução do contrato.

Ainda, é prudente abordar as diferenças entre a cláusula de *hardship* e a cláusula de força maior⁸⁶. Nas palavras de Baptista:

O *hardship* assemelha-se à força maior no tocante à imprevisibilidade e à inevitabilidade do evento, mas dela se distancia porque o evento gerador do *hardship* apenas torna mais generosa a execução do contrato.⁸⁷

No mesmo sentido é o entendimento de Glitz:

Distinguir-se-iam, pois, enquanto na força maior, a execução do contrato ter-se-ia tornado impossível, a circunstância de *hardship* haveria, tão-somente, sido mais onerosa. A economia do contrato restaria prejudicada, mas sua execução não seria impossível.⁸⁸

Pode ocorrer que um mesmo evento possa ser enquadrado tanto como uma situação de *hardship* quanto força maior. Nestas situações caberia à parte prejudicada decidir qual dos institutos invocar⁸⁹. Em razão disso, a International Chamber of Commerce faz a seguinte advertência acerca do uso das cláusulas de *hardship* e de força maior:

the two clauses operate in different circumstances and have different effects; they ought therefore to be kept separate. Having said that, ICC puts forward both clauses as fair allocations of risk in circumstances of force majeure and

⁸⁶ A cláusula de força maior é utilizada para situações que fogem do controle e previsão das partes, impedindo o normal cumprimento da obrigação. Assim, o uso desta cláusula leva geralmente à suspensão ou término do contrato. A invocação da cláusula implica o surgimento do dever de comunicar a impossibilidade de cumprir a obrigação, sendo feita uma avaliação dos efeitos sobre o contrato, duração da impossibilidade de cumprimento, medidas a serem tomadas para mitigar danos, indicações do fim do evento da força maior ou de sua continuidade. Ainda, na elaboração da cláusula são considerados quais eventos se configuram como força maior (previsão genérica ou rol exemplificativo), a necessidade de descrição dos efeitos decorrentes do evento de força maior e dos meios de prova da ocorrência de tais efeitos, bem como a estipulação dos efeitos sobre a vida do contrato. Gavazzoni ressalta que a redação de tal cláusula pode ensejar maiores custos negociais em razão da necessidade de as partes chegarem a um denominador comum sobre quais seriam os eventos e seus efeitos. GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 68-87.

⁸⁷ BAPTISTA, L. O. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). **Revista do Serviço Público**, ano 40, v. 111, n. 3, p. 35, Jul - Set/1983. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2194>>. Acesso em: 7 fev. 2021.

⁸⁸ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 159-160.

⁸⁹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016**. Rome: Unidroit, 2016. p. 222.

hardship and both clauses can, of course, be incorporated into the same contract.⁹⁰

Uma vez entendidas as características da cláusula de *hardship* e de força maior, cabe fazer uma importante diferenciação com relação à cláusula de renegociação, acerca de sua abrangência. Ao passo que as cláusulas de *hardship* dizem respeito a perturbações no equilíbrio contratual e consequente possibilidade de qualquer das partes requerer sua modificação, nas cláusulas de renegociação não há uma pressuposição de alteração da equação econômico-financeira do contrato. Assim, estas teriam aplicação mais abrangente do que aquelas⁹¹.

Nesse sentido, fazendo uma análise das funções atribuídas à cláusula de *hardship*, percebe-se que estas poderiam estar abarcadas dentro da função de adaptação do contrato da cláusula de renegociação. Portanto, em razão desta maior abrangência, caso assim queiram, as partes podem elencar como conteúdo da cláusula de renegociação elementos que são tradicionalmente empregados na cláusula de *hardship*, bem como outros elementos que julguem pertinentes.

No mais, cabe ressaltar as várias semelhanças entre a cláusula de *hardship* e a cláusula de renegociação no que diz respeito à sua estrutura⁹², já que em sua redação ambas possuem previsões acerca de quais eventos são capazes de gerar a invocação da cláusula (*hardship* e gatilhos para renegociação, respectivamente). Ambas também versam sobre o procedimento a ser adotado pelas partes, sobre as sanções em caso de descumprimento do estipulado pela cláusula e o que acontecerá caso não se chegue a um acordo. Especificamente quanto ao procedimento, nas duas cláusulas as etapas são bastante similares, abrangendo a notificação de invocação da cláusula, os prazos de duração das tratativas, dentre outros itens.

⁹⁰ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003**. Paris: ICC Publishing S.A., 2003. p. 16. Em tradução livre: “as duas cláusulas operam em circunstâncias diferentes e têm efeitos diferentes; elas devem, portanto, ser mantidas separadas. Dito isto, a ICC apresenta ambas as cláusulas como justas alocações de risco em circunstâncias de força maior e *hardship*, e ambas as cláusulas podem, sem dúvida, ser incorporadas ao mesmo contrato”.

⁹¹ “As primeiras [cláusulas de *hardship*] determinam que, diante de certos eventos que perturbam o equilíbrio do contrato, a qualquer das partes assiste a faculdade de requerer sua modificação. Chega-se a estipular que a empresa onerada suspenda o adimplemento da obrigação até a solução do impasse. Já nas cláusulas de renegociação, não é pressuposta a alteração da equação econômico-financeira do negócio, tornando mais abrangente sua aplicação.” FORGIONI, Paula A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 45/2015. p. 229-244. Abr – Jun/2015.

⁹² Os componentes da cláusula de renegociação serão abordados de forma mais aprofundada no capítulo 4.

Diante do exposto, após a análise de semelhanças e diferenças, tem-se que a compreensão da cláusula de *hardship* pode ser de grande valia para o estudo da cláusula de renegociação.

3.2 CLÁUSULAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Em todos os contratos há uma previsão do modo de resolução de conflitos. Por muito tempo os advogados responsáveis pela redação contratual se utilizavam de cláusulas singelas, “comumente designando determinado local como foro de eleição ou, quando muito, instituindo a arbitragem.”⁹³

Após um longo e exaustivo processo de negociação, depois de as partes terem conseguido acordar quanto aos aspectos cruciais do negócio, finalmente era chegado o momento de analisar as cláusulas de resolução de conflitos. Por ficarem relegadas à segundo plano, tais cláusulas passaram a ser conhecidas como *midnight clauses* (cláusulas da meia-noite), pois apenas tarde da noite é que elas seriam objeto de discussão. Todavia, é muito desejável que sejam bem elaboradas e redigidas⁹⁴.

Há uma grande diversidade de métodos que podem ser previstos pelo advogado nas cláusulas de resolução de conflitos, cabendo a ele identificar qual o mais adequado para cada tipo de contrato. Alguns exemplos são: negociação, mediação, conciliação, arbitragem, *dispute boards*, *minitrials*, dentre outros. Eles podem ser conjugados da maneira que melhor atenda os contratantes⁹⁵. Nas palavras de Palermo, Valdetaro e Martins:

As cláusulas que adotam métodos combinados de resolução de conflitos são denominadas cláusulas escalonadas. A ideia de escalonamento advém

⁹³ MARTINS, Camila Biral Vieira da Cunha; VALDETARO, Liana Gorberg; SIMÕES, Alexandre Palermo. O papel do advogado na mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 60/2019. p. 63-88. Jan - Mar/2019.

⁹⁴ MARTINS, Camila Biral Vieira da Cunha; VALDETARO, Liana Gorberg; SIMÕES, Alexandre Palermo. O papel do advogado na mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 60/2019. p. 63-88. Jan - Mar/2019; KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 122-123.

⁹⁵ “Assim, o advogado tem em mãos uma série de métodos que podem ser combinados na busca de soluções para o conflito seja antes, durante, seja para evitar a ação judicial. Entram em cena métodos como negociação, conciliação, mediação e arbitragem, que podem ser conjugados entre si. O leque de opções ao alcance do advogado na formulação da cláusula permite customizar diversas possibilidades, conjugando métodos e técnicas de negociação e mediação, preparatórias ou paralelas à arbitragem ou ao ajuizamento da ação perante o Poder Judiciário.” MARTINS, Camila Biral Vieira da Cunha; VALDETARO, Liana Gorberg; SIMÕES, Alexandre Palermo. O papel do advogado na mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 60/2019. p. 63-88. Jan - Mar/2019.

justamente da noção de etapas para a utilização de cada um desses métodos durante certo período de tempo após o qual, não obtido êxito na resolução do impasse, passa-se a adotar o método seguinte ou outro mais indicado ou apropriado para a solução do caso.⁹⁶

Levy, por sua vez, assim define as cláusulas escalonadas:

Cláusulas escalonadas são estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios. Inseridas no contexto do procedimento multietapas podem ser previstas de diversas maneiras, de acordo com o conceito “taylor made” de resolução de conflitos, ou seja, o desenho de um método feito sob medida para a gestão e resolução do conflito, sob o paradigma da adequação.⁹⁷

Ainda que a cláusula escalonada seja de livre formatação pelas partes, é muito comum que se dê preferência a trazer primeiro etapas em que o desfecho não é compulsório, dependendo da concordância dos interessados, como, por exemplo, etapas de negociação estruturada, mediação e avaliação externa por um neutro. Se destas etapas não resultar um acordo, passam-se às formas vinculantes de solução dos litígios, como a decisão por perito (*expert determination*), a arbitragem ou a litigância judicial⁹⁸.

Acerca da eficácia destas cláusulas, é importante a lição de Lemes:

Destarte, verifica-se que pela corrente que considera a cláusula escalonada como de eficácia contratual, a não observância do pactuado seria sancionada como inadimplemento contratual, podendo gerar o ressarcimento equivalente, ou a aplicação de cláusula penal estipulada no contrato. Por outro lado, a classificação da cláusula escalonada como de eficácia processual determina o envio das partes pelo juiz ou árbitro à prévia mediação ou conciliação, mesmo que os resultados posteriores não sejam positivos e as partes não alcancem um consenso.⁹⁹

Dentre as várias possibilidades de cláusulas escalonadas podemos mencionar, a título de exemplo, o modelo med-arb, um dos mais comumente

⁹⁶ MARTINS, Camila Biral Vieira da Cunha; VALDETARO, Liana Gorberg; SIMÕES, Alexandre Palermo. O papel do advogado na mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 60/2019. p. 63-88. Jan - Mar/2019.

⁹⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 173.

⁹⁸ KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 118-119.

⁹⁹ LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B. (Org.). **Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 163-178.

utilizados. Ele possui como primeira etapa o procedimento de mediação e, se este restar infrutífero, a segunda etapa seria o procedimento arbitral, podendo haver previsão ou não de uma mesma pessoa acumular as funções de mediador e árbitro¹⁰⁰.

Alguns cuidados na elaboração desta cláusula¹⁰¹ incluem a definição clara de início e fim de cada etapa, definição dos prazos e de quem participará do procedimento (representantes). Acerca da fase da mediação¹⁰², cabe destacar a escolha de um regulamento que discipline a mediação, a eleição ou não de uma entidade administradora da mediação, as regras para escolha do mediador, as especificações acerca da remuneração do mediador, o local/modalidade, quantidade e duração das sessões, as consequências sobre o não comparecimento ou não localização da parte contrária, dentre outros aspectos. Especificamente acerca da fase da arbitragem, a cláusula deverá conter a forma de indicação dos árbitros¹⁰³ e

¹⁰⁰ Acerca da acumulação de funções de mediador e árbitro, assim dispõe Levy: “Há dois posicionamentos a respeito do tema em questão: o primeiro que entende ser plenamente possível e mesmo indicado o acúmulo das funções de mediador e árbitro e o segundo, em sentido contrário, que entende que o acúmulo das funções poderia trazer sérios prejuízos para o bom andamento dos dois mecanismos, razão pela qual, mesmo mediante o consentimento das partes não é recomendável. [...] Apesar dos argumentos apresentados em favor do acúmulo de funções de mediador e árbitro no mesmo procedimento, entendemos como não recomendável tal prática, pois ela nos parece incoerente com os princípios norteadores dos dois meios e, quiçá até mesmo perigosa, pois tal acúmulo de funções poderia comprometer a validade dos dois procedimentos, sob o fundamento de parcialidade dos neutros, ou ainda ineficiente, por não oferecer espaço seguro para que as verdadeiras necessidades das partes venham à tona, por recearem que tais informações sejam utilizadas como elemento de provas em posterior arbitragem.” LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 212, 217, 225.

¹⁰¹ LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B. (Org.). **Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 163-178; KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 124; PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis F. (coords.). **Arbitragem e Mediação - A Reforma da Legislação Brasileira**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 282.

¹⁰² “Uma cláusula prévia de mediação ou conciliação pode ser analisada quanto à sua eficácia contratual e estar constituída de duas obrigações. Uma obrigação de resultado quanto à sua origem, ou seja, faz nascer a necessidade de se instituir um procedimento de mediação [...]. E, uma vez instituída a mediação ou a conciliação, procurar com lealdade e boa-fé, uma solução para o conflito que deriva do contrato principal, tendo uma atitude construtiva, representando uma obrigação de meio.” LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B. (Org.). **Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 172.

¹⁰³ Para Guerrero, para que a cláusula arbitral seja considerada cheia basta que contenha a forma como serão indicados os árbitros. Ainda, ressalta que “nem toda cláusula cheia dará origem a uma arbitragem institucional, pois a indicação de um árbitro poderá dar origem a uma arbitragem *ad hoc* com as regras estabelecidas em todos os aspectos pelas partes e pelos árbitros.” GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e processo arbitral. In: SALLES, Carlos A. de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coords.). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 271.

eventualmente escolha do regulamento e da entidade administradora da arbitragem. De todo modo, “quanto mais claras e mais bem definidas as regras, mais eficiente a resposta à cláusula será.”¹⁰⁴

Ressalta-se que a negociação pode ser uma das fases elencadas dentro de uma cláusula escalonada, sendo geralmente colocada como a primeira etapa, em razão da maior autonomia das partes. Se as tratativas restarem infrutíferas será invocada uma segunda etapa, geralmente a mediação. Nas palavras de Kroetz,

A mediação, em regra, é a última chance que as partes têm para decidir por si próprias. [...] A mediação é um método estruturado em que se admite ampliar a negociação para abranger matérias atípicas nas cláusulas de renegociação, já que é meio para resolução de quaisquer conflitos decorrentes.¹⁰⁵

Caso a mediação tampouco leve a um acordo, aí sim se recorre aos métodos heterocompositivos (judicialização ou instauração de procedimento arbitral), configurando uma terceira etapa.

É importante fazer a diferenciação entre a cláusula de renegociação e a negociação como etapa de cláusula escalonada. Por mais que ambas tenham procedimentos semelhantes¹⁰⁶ (conversa direta entre as partes no esforço de chegar a um consenso), as motivações para o início das tratativas são diversas: na cláusula de renegociação são elencados gatilhos específicos voltados à alteração do conteúdo do contrato, ao passo que na negociação como etapa de cláusula escalonada o gatilho se dá em razão de um conflito a ser dirimido.

Também cabe destacar que quando o contrato possui uma cláusula de renegociação e uma cláusula de resolução de litígios, não há relação de dependência entre elas. Ou seja, a cláusula de renegociação não precisa, necessariamente, estar atrelada à uma cláusula de solução de litígios, até porque nem sempre as partes a

¹⁰⁴ PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis F. (coords.). **Arbitragem e Mediação - A Reforma da Legislação Brasileira**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 283.

¹⁰⁵ KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 122.

¹⁰⁶ No capítulo 4 serão abordados os componentes procedimentais da cláusula de renegociação. Por tratarem de procedimento, eles também podem ser úteis na delimitação de como se dará a etapa de negociação de uma cláusula escalonada. Todavia, os componentes de conteúdo serão diferentes entre a cláusula de renegociação e a etapa de negociação de cláusula escalonada.

pactum expressamente (em razão da inafastabilidade da jurisdição, recorrer ao Poder Judiciário sempre se apresenta como possibilidade).

Tampouco a cláusula de renegociação precisa de uma cláusula de resolução de conflitos própria, específica para tratar do conteúdo da renegociação, já que isso poderia causar uma desnecessária e indesejável confusão¹⁰⁷. Nesse sentido, quando há o inadimplemento da cláusula de renegociação ou as partes não chegam a um acordo ao final das tratativas, logicamente será invocada a cláusula de resolução de litígios (caso contratada pelas partes) ou se recorrerá à tutela jurisdicional.

Ainda, resta fazer um último apontamento acerca de meios autocompositivos para solução de controvérsias. Ele diz respeito às chamadas cláusulas de cortesia¹⁰⁸, que são entendidas como aquelas em que as partes estipulam que “empreenderão conversações amigáveis” ou envidarão “melhores esforços” antes de invocar outros mecanismos de solução de controvérsias. Mesmo que tais cláusulas estipulem prazos, ainda representarão um procedimento informal, uma simples negociação¹⁰⁹.

¹⁰⁷ O comentário feito pela ICC à cláusula de *hardship* também pode ser aplicável à cláusula de renegociação. “It was felt that the ICC Hardship Clause should encourage the parties to work out their own solutions through a general dispute resolution clause in their contract, rather than expressly stipulating for a limited reference to a tribunal for re-negotiation in a hardship situation. A “special” dispute resolution provision for hardship cases co-existing with a general dispute resolution clause might cause unnecessary and undesirable confusion. Thus, where paragraph 3 does not work, either because the performing party fails to offer alternative terms or because the non-performing party fails unreasonably to accept them, then the likelihood is that a claim will be made, either for termination brought by the party invoking the Clause or for breach of contract brought by the other party. That claim would go to arbitration or litigation under the general dispute resolution terms in the contract” INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003**. Paris: ICC Publishing S.A., 2003. p. 17. Em tradução livre: “Foi sentido que a Cláusula de *Hardship* da ICC deveria encorajar as partes a encontrar suas próprias soluções por meio de uma cláusula geral de resolução de disputas em seus contratos, em vez de estipular expressamente uma referência específica para um tribunal renegociar diante de situação de *hardship*. Uma previsão “especial” de resolução de disputas para casos de *hardship* coexistente com uma cláusula geral de resolução de disputas pode causar uma confusão desnecessária e indesejável. Assim, quando o parágrafo 3 [da cláusula modelo de *Hardship* ICC] não funcionar, seja porque a parte executora não oferece termos alternativos ou porque a parte inadimplente falha em aceitá-los de forma desarrazoada, é provável que uma demanda seja feita, tanto da parte que invocou a cláusula pedindo a rescisão como da outra parte pedindo quebra de contrato. Essa demanda iria para arbitragem ou para o Judiciário de acordo com os termos gerais de resolução de disputas no contrato”.

¹⁰⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 168.

¹⁰⁹ Para Lemes, a colocada em prática de tal cláusula seria verificada “sem maiores formalidades, com o início de trocas de correspondências, com atas de reuniões entabuladas para esse fim, inclusive envolvendo altos escalões da empresa, com o objetivo de alcançar solução para o dissenso.” LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B. (Org.). **Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 163-178.

A doutrina de Levy e Pachikoski¹¹⁰ aponta a necessidade de redigir com cuidado tais cláusulas, eis que expressões muito amplas podem dar margem a diferentes interpretações, gerando uma discussão acerca de qual foi o meio amigável escolhido para superar a controvérsia.

Portanto, não há que se confundir a cláusula de renegociação com a de cortesia, diante da diferença de motivos para invocação da cláusula (a de renegociação tem gatilhos específicos e a de cortesia serviria para resolver conflitos em sentido lato) e do detalhamento de cada uma (cláusula de cortesia utilizando expressões genéricas e a de renegociação detalhando sua aplicação).

Diante do exposto, percebeu-se a relevância de não confundir as cláusulas de renegociação com os mecanismos empregados para a resolução de litígios, bem como a importância de uma cláusula ser bem redigida. Portanto, no capítulo seguinte serão abordados aspectos que podem contribuir para a elaboração da cláusula de renegociação, dando maior segurança em sua utilização.

4 PRINCIPAIS COMPONENTES DA CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO

No afã de auxiliar o operador do direito a redigir uma boa cláusula de renegociação, no presente capítulo são apresentados alguns componentes da cláusula de renegociação que podem ser utilizados em sua elaboração. Ressalta-se que não se trata de uma enumeração fechada ou exaustiva, não se quer criar um modelo padrão que sirva para qualquer situação. O que se deseja é apresentar um rol de possibilidades, já que a cláusula deve ser elaborada considerando as circunstâncias do contrato¹¹¹, permitindo às partes adicionar elementos ou, por conveniência, não mencionar certas especificidades.

¹¹⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 170; PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis F. (coords.). **Arbitragem e Mediação - A Reforma da Legislação Brasileira**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 283.

¹¹¹ “Cada contrato é único em essência e objeto. Em sendo assim, suas cláusulas são redigidas de acordo com a situação particular em que se encontram as partes, para atender às suas necessidades e seus intentos”. GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 88.

A cláusula de renegociação deve ser vista como um elemento de construção do contrato, permitindo que ele se conforme ao futuro, e, à medida que vai sendo executado, é delineado pelas partes e pelas circunstâncias.¹¹²

A importância de uma boa redação da cláusula se dá justamente para evitar disputas posteriores acerca de sua interpretação. Diminuir a judicialização de litígios é uma das vantagens da cláusula de renegociação, já que dá às partes uma oportunidade de resolverem a questão sem movimentar o aparato judiciário. Entretanto, caso ela seja mal redigida e seja necessário que um terceiro dirima as controvérsias a ela relacionadas, a cláusula estaria indo em sentido diametralmente oposto ao seu objetivo inicial.

Nessa toada, o redator da cláusula deve delimitar parâmetros objetivos e prestar atenção ao nível de detalhamento das informações, além de considerar as qualidades de um texto contratual: precisão, clareza, simplicidade e adequação¹¹³. Passando ao estudo dos componentes propriamente ditos, estes englobam principalmente aspectos procedimentais, de conteúdo e de prevenção de condutas abusivas¹¹⁴.

4.1 COMPONENTES PROCEDIMENTAIS

¹¹² GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 107.

¹¹³ “Considera-se *preciso* o texto que se escreve de maneira acurada, com conteúdo exato e milimetricamente calculado. O que se escreve deve representar, rigorosamente, o desejo das partes. [...] Perceba-se que é justamente a falta de precisão – ao lado da inadequação – que pode acarretar graves prejuízos às partes. Assim, obrigações e direitos que se imaginavam em um tamanho, alcançam patamares indesejados. Para além disso, abre a possibilidade de se pleitear interpretação judicial para sanar eventual controvérsia, o que evidentemente não é desejável, posto que o juiz de direito poderá não acertar a real intenção das partes, para melhor protegê-la em seu nascedouro. A precisão não se confunde com a adequação porque diz respeito à pertinência entre o texto produzido e o real querer dos subscritores. Adequação, antes disso, diz respeito à técnica: pertinência entre o texto produzido e as regras (não só jurídicas, mas também gramaticais). Dentro do tema está também a necessidade de cuidado com o uso das palavras, evitando-se, pois, termos equívocos. A linguagem precisa levará, normalmente, à clareza: uso de expressões que não contenham ambiguidade (termos que podem significar mais de uma coisa). Ainda nessa linha, é preciso que a peça contratual diga tudo o que deve dizer, nem mais, nem menos. [...] *Simplicidade* é ideia que representa expressar (reduzir a termo) a vontade dos contratantes, e nada além disso. Evita-se, então, uso abusivo de *qualificativos*, *descrições desnecessárias* e *repetições de temas* que não sejam imprescindíveis ao contexto de certa cláusula.” Destaques no original. MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. **Contratos cíveis** [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 6 Mb.

¹¹⁴ “[A cláusula tem] a vantagem de não só traduzir-se em desejo das partes, mas também de franquear-lhes a possibilidade de delinear os contornos e os campos de atuação da referida cláusula e, especialmente, a forma (método) a ser observada no esforço conjunto de readequar o contrato às suas bases originais.” NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011.

Iniciando pelos componentes relativos ao procedimento, neles estão abarcadas previsões acerca da forma de comunicação, prazos, local, possibilidade de intervenção de terceiros, dentre outros¹¹⁵. Para Gavazzoni

Ter regras procedimentais claras para a renegociação é vital para o bom andamento dos trabalhos, e, caso não existam expressamente, deve ser um dos primeiros pontos a serem traçados pelas partes no início das discussões.¹¹⁶

Iniciando pelas comunicações, é a partir da comunicação inicial de invocação da cláusula de renegociação que se põe em marcha o iter da obrigação de renegociar. Assim, é crucial que sejam delimitados os requisitos exigidos para esta primeira comunicação para que não restem dúvidas acerca do surgimento da obrigação. Nesta comunicação podem ser mencionadas a indicação da razão para invocação da cláusula, fazendo um panorama da situação fática (inclusive com o envio de eventuais provas que corroborem tal motivação), apresentação de eventuais propostas, sugestão de cronograma para o desenvolvimento das tratativas (quantidade de reuniões, datas, etc.) e da pauta de assuntos a serem abordados, além de outros itens e formalidades desejadas pelas partes.

De modo mais amplo, aplicando-se à renegociação como um todo, é prudente elencar o meio escolhido pelo qual serão trocadas as informações. Ainda que o meio escrito provavelmente seja o mais comumente utilizado, nada impede a escolha de meios audiovisuais. Uma vez escolhido o meio, deve ser eleito o veículo de comunicação: e-mail, carta, mensagens em aplicativo de conversas, telefonemas... Também pode ser indicado na cláusula a quem deve ser enviada a comunicação, por exemplo, no caso de ser um contrato envolvendo duas grandes empresas pode ser indicado o cargo/setor a que deve ser dirigida a comunicação, inclusive podendo ser previsto um contato alternativo caso surja alguma dificuldade na interlocução das

¹¹⁵ Para tratar de tais elementos recorreu-se principalmente à doutrina de Kroetz, Nery e Rodovalho, Gavazzoni e Glitz. Ainda que os textos não tratassem diretamente da cláusula de renegociação, as preocupações com aspectos procedimentais também se fazem pertinentes ao presente tópico. KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. *A mediação em contratos empresariais de longa duração*. In: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p.113-128; NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. *Renegociação Contratual*. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011; GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. 256p; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. 207 p.

¹¹⁶ GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 152.

partes. Outro aspecto relevante a ser previsto é o idioma utilizado nas tratativas, caso se trate de contrato envolvendo partes de nacionalidades distintas.

Quanto aos prazos, é preciso considerar aqueles relativos ao início da renegociação e aqueles relativos à duração das tratativas. Para o início da renegociação pode ser estabelecido um prazo para invocação da cláusula pela parte interessada a contar da ocorrência do fato/circunstância nova (este prazo irá depender do tipo de gatilho utilizado na cláusula, os quais serão vistos mais adiante). Uma vez feita a comunicação inicial, deve ser estabelecido um prazo para que a outra parte contratante apresente sua resposta. Com tais parâmetros se consegue estabelecer um período mínimo e máximo para que se dê início às tratativas propriamente ditas.

Com as tratativas postas em marcha, as partes podem delimitar um tempo máximo pelo qual irão impender os esforços de renegociação e, quando finalizado tal prazo sem se chegar a um consenso, se recorrerá ao método de resolução de litígios eleitos pelas partes. Se as partes verificarem que precisam de mais tempo para concluir a renegociação, podem pactuar a extensão deste prazo, eis que dentro de sua esfera de autonomia privada¹¹⁷. Caso quieram, as partes podem delimitar na cláusula inclusive a duração das reuniões, mas diante das peculiaridades de adequação de agenda das partes envolvidas pode ser mais prudente deixar este tipo de previsão para o cronograma da renegociação a ser confirmado pelos envolvidos.

Quanto ao local, este componente deve ser abordado na cláusula num sentido de dar concretude aos encontros para realização das tratativas. Todavia, não se ignora a possibilidade de as reuniões serem feitas em ambiente virtual, eis que, diante dos avanços tecnológicos, esta se tornou uma realidade cada vez mais comum.

Outra possibilidade a ser incluída na seara procedimental da cláusula de renegociação é a intervenção de terceiros. Como exemplo, a presença de um expert pode ser útil para que as partes tenham uma opinião mais qualificada e imparcial acerca de determinado tópico objeto da renegociação. Nesse caso é preciso prever

¹¹⁷ “José Emilio Nunes Pinto aponta o princípio da boa-fé como o fundamento para a eventual dilação do prazo para a renegociação [...] afirmando que, no caso de carecerem de maior prazo para negociar, “a adesão das partes a esse novo prazo será regulada pela boa-fé que deve presidir essa negociação e, sobretudo, pelo dever de colaboração e de confiança mútua”. PINTO, José Emilio Nunes. O mecanismo multietapas de solução de controvérsias. *apud* MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010. Ainda que o trecho citado se refira a mecanismo de solução de controvérsias, o ensinamento nele trazido também é aplicável à cláusula de renegociação.

como tal profissional será escolhido pelas partes e como se dará a distribuição dos custos da contratação.

Por fim, diante de eventual inadimplemento da cláusula de renegociação ou de cenário em que as partes não chegaram a um acordo, será necessário invocar o método de solução de litígios escolhido pelas partes. A partir das discussões travadas no capítulo anterior, é recomendável dar preferência às cláusulas escalonadas, oportunizando, uma vez mais, uma solução autocompositiva através da mediação, e posteriormente, no caso de esta também restar infrutífera, ser invocada uma solução heterocompositiva, arbitral ou judicial. Diante disso, é importante que na cláusula de renegociação seja indicado se ela é condição de procedibilidade¹¹⁸ para a invocação do método de resolução de conflitos ou não, no caso de restar configurada a hipótese do gatilho.

4.2 COMPONENTES RELACIONADOS AO CONTEÚDO

Feitas as considerações acerca dos componentes procedimentais, passamos a análise de possíveis gatilhos para invocar a cláusula de renegociação. Eles se enquadram como componentes relacionados ao conteúdo da cláusula, eis que versam sobre a função que se quer dar à renegociação e o escopo do que será renegociado. Nas palavras de Nery e Nery, “a renegociação contratual é mecanismo importante para corrigir problemas que derivam da longa duração de alguns contratos, denominados contratos de execução diferida”¹¹⁹. Assim, resta claro que o termo “problemas” pode abarcar uma miríade de situações aptas a ensejar a renegociação. Todavia, a renegociação pode ser mecanismo útil mesmo quando aparentemente o contrato não apresenta patologias.

Aqui serão mencionadas as situações de colmatação de lacunas, adaptação do contrato a novas circunstâncias e desejo de atualizar os termos contratuais. Em razão de ser a parte da cláusula que versa sobre o conteúdo da renegociação, é recomendável a utilização de verbos no modo imperativo¹²⁰.

¹¹⁸ Neste caso se estaria dando efeito processual à cláusula de renegociação, além do já presente efeito obrigacional.

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: contratos**, Vol. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.113.

¹²⁰ “Há, portanto, uma injuntividade obrigacional do dever de renegociar muitas vezes expressada no próprio modo verbal imperativo (“deverão ser negociadas”; “serão renegociadas”) utilizado pelos contraentes na redação da cláusula.” MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação

Iniciando pela colmatação de lacunas, sendo vislumbradas lacunas a serem supridas, as partes devem fazer o planejamento da renegociação no momento da pactuação do contrato¹²¹. A renegociação poderá se referir a uma lacuna que foi intencionalmente deixada pelas partes quando da pactuação inicial (contrato intencionalmente incompleto), se referir a uma lacuna que surgiu posteriormente em razão de algum fato novo exterior ao contrato, ou ainda se referir a ambas¹²².

Para Forgioni

a doutrina especializada costuma apontar o acordo entre as partes como a mais clássica forma de supressão de lacunas contratuais. Diante da ocorrência de evento não contemplado no contrato, assiste aos contratantes a prerrogativa de, no exercício da autonomia privada, acertar a adaptação do negócio.¹²³

Nesse sentido, na notificação inicial de invocação da cláusula a parte deverá identificar a lacuna a ser preenchida, a necessidade/relevância em preencher a lacuna naquele momento e, no âmbito de propostas, apresentar critérios que considere adequados para seu preenchimento.

Já com relação à adaptação do contrato a novos acontecimentos, a cláusula pode ser mais ou menos abrangente para abarcar os diversos tipos de impactos que as novas circunstâncias causam no contrato. Nanni, abordando o efeito de desequilíbrio contratual, destaca que não é necessário ficar preso a requisitos legais para que seja invocada a renegociação¹²⁴.

de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

¹²¹ GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 148.

¹²² “[...] por vezes as partes intencionalmente pactuam um contrato incompleto, estipulando a sua completude ao longo do tempo, por meio de cláusulas de renegociação, mormente nos contratos que contém obrigações duradouras. Nesses casos, pretendendo os contraentes que a relação, duradoura no tempo, adapte-se às vicissitudes que o fluir do tempo carrega, pactuam a incompletude e podem pactuar também o «cardápio» por intermédio do qual será a incompletude preenchida ao longo do tempo.” Martins-Costa também ressalta que “nem sempre a lacuna se instaura no momento da conclusão contratual. Uma lacuna no contrato pode sobrevir, em razão de vicissitudes que atingem a relação, pode decorrer de simples – e compreensível – imprevidência, pois seria humanamente impossível cogitar do regramento de todas as minudências. E também pode ser intencional, quando, de antemão, as partes decidem pactuar um contrato «incompleto», pois nem todos os dados concernentes ao seu conteúdo são ou podem ser integralmente conhecidos e, portanto, passíveis de prévia apreensão, regulação e controle por meio das cláusulas contratuais.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 567, 570-571.

¹²³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 313.

¹²⁴ “A cláusula de renegociação entra em ação nos contratos de duração quando se constata uma alteração superveniente nas fundações originárias, porém não se circunscreve às situações de

Por vezes a necessidade de cumprir requisitos legais como a caracterização da onerosidade excessiva, a imprevisibilidade ou extraordinariedade de determinado evento, a existência de extrema vantagem para uma das partes, configuração de caso fortuito ou força maior, dentre outros, faz com que os esforços sejam voltados à verificar se o evento se enquadra nos requisitos ao invés de o foco ser direcionado a como lidar com os efeitos dele decorrentes.

Ademais, a atitude de prever tais requisitos pode levar a uma diminuição da amplitude de aplicação da cláusula de renegociação, já que, por exemplo, um fato novo (previsível ou imprevisível) pode não gerar um desequilíbrio contratual, mas sim novas potencialidades aos contratantes. Neste cenário seria desejável uma renegociação dos termos do contrato para que as partes ajustassem as diretrizes contratuais, objetivando auferir maiores benefícios em razão destas novas circunstâncias (não necessariamente um problema, mas sim uma oportunidade).

Um outro exemplo seria uma situação em que houve impossibilidade momentânea de cumprimento da obrigação em razão de mudança de circunstância. Uma possível solução seria a modificação do contrato ao invés de sua extinção, sendo prevista a suspensão temporária do adimplemento ou o diferimento das prestações, tomando-se o cuidado para não comprometer a própria finalidade do negócio¹²⁵. Neste cenário a renegociação se apresenta pertinente, já que as partes são as que melhor sabem as limitações e possibilidades de tal suspensão, e não um terceiro pouco familiarizado com o contexto da situação.

Diante do exposto, na delimitação do gatilho fica a critério das partes eleger qual a amplitude dos impactos sentidos pelo contrato, quais características deve ter o evento ensejador da renegociação, dentre outras circunstâncias que julguem necessárias, podendo se inspirar ou não nos critérios previstos em institutos do Código Civil.

A comunicação inicial de invocação da cláusula de renegociação quando se almeja a adaptação contratual geralmente contempla qual foi a mudança ocorrida, sua

onerosidade excessiva previstas na legislação. Fruto da autonomia privada, tal cláusula pode ter espectro mais ou menos amplo, comportando qualquer sorte de vicissitude que gere um desequilíbrio, a depender do que estipularem as partes, não estando, por isso, atrelada aos requisitos legais [...]". NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. **Revista do Advogado**. Ano XXXII Nº 116. São Paulo: AASP, jun. 2012, p. 93.

¹²⁵ AZEVEDO, Marcos Villaça de. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 142-143.

origem, os impactos dela decorrentes e quais as atitudes que a parte considera necessárias para otimizar o cumprimento do contrato.

Por fim, a hipótese de gatilho motivado pelo desejo de atualizar os termos contratuais está relacionada ao fato de que o contrato é sempre dinâmico, com uma potencialidade inerente para a mudança. Aqui cabe destacar o pensamento de Forgioni:

O contrato não é apenas a letra fria do instrumento. É o negócio embebido na realidade que o circunda, concebido e conduzido por seres humanos que, durante a vida do negócio, refletem nele suas tendências. A compreensão de seu entorno impõe-se para a disciplina das demandas e conflitos que surgem ao longo de sua vida.¹²⁶

Assim, ainda que um pouco mais ampla do que as outras hipóteses de gatilho, o desejo de atualizar os termos contratuais pode ser útil para abarcar situações que não se caracterizam como uma mudança de circunstâncias ou fato novo, externos e supervenientes à assinatura do contrato.

Ao longo da vida contratual pode haver uma mudança na motivação da parte em participar daquele contrato¹²⁷. Nesse sentido, em razão da consideração pelo outro contratante e dos impactos que eventual resilição possa causar, a parte pode invocar a renegociação, sendo esta útil para acomodar novamente as expectativas dos contratantes. Na redação deste tipo de gatilho, as partes podem apresentar critérios do que seria considerado um razoável ou justificável desejo de atualização. Na comunicação inicial de invocação da cláusula deverá restar demonstrado que tais requisitos foram preenchidos.

Como conclusão para o assunto dos gatilhos da cláusula de renegociar, cabe mencionar o pensamento de Schreiber:

Tem-se admitido, na doutrina estrangeira, que as cláusulas de revisão e renegociação do contrato contemplem mesmo situações que não restariam abarcadas pela disciplina legal voltada à proteção do equilíbrio contratual. Sua finalidade seria precisamente tornar o “contrato flexível às mutações das circunstâncias” de tal maneira que nada impediria que os contratantes ampliassem o escopo das referidas cláusulas para abarcar alterações que

¹²⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 102.

¹²⁷ “A norma, conteúdo efetivo da autodeterminação dos particulares, manifesta-se como resultado dos interesses que emergem do procedimento globalmente considerado e não como expressão estática do momento da autodeterminação do ato”. VON THUR, Derecho civil – Teoría general del derecho civil alemán, v.II *apud* FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 97.

não preenchessem necessariamente os requisitos legais [...] devendo-se atentar, tão somente, a título de cautela, para a exigência prática de evitar que, conferindo relevo a qualquer mínima alteração do equilíbrio contratual, reste comprometida a concreta realização do escopo comum do contrato.¹²⁸

Nesse sentido, desde que os contratantes estejam de acordo com o conteúdo do gatilho escolhido para iniciar uma renegociação, o limite para a delimitação é a criatividade das partes, podendo ser escolhidos gatilhos diferentes ou com diferentes contornos daqueles aqui mencionados.

4.3 COMPONENTES PARA EVITAR COMPORTAMENTOS ABUSIVOS

Não pode passar despercebida ao jurista a possibilidade de comportamentos abusivos das partes quando da utilização dos gatilhos de renegociação. Alguns, como um gatilho de desejo de atualização, abrem mais margem para tais comportamentos do que outros, como um gatilho de adaptação que se utiliza dos critérios da onerosidade excessiva. Portanto, é preciso ter cautela para evitar o abuso do direito de renegociar¹²⁹.

Um exemplo de comportamento abusivo por parte do contratante que insta o outro a renegociar é a invocação leviana da cláusula. Invocá-la sem a devida justificativa, fora de um prazo razoável ou diversas vezes em um curto espaço de tempo, tumultuando o adimplemento contratual, podem ser vistas como atitudes contrárias à boa-fé e à lealdade contratual¹³⁰.

¹²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 322.

¹²⁹ “Antevendo dificuldades, as partes podem pré-estabelecer contratualmente uma série de efeitos da violação da cláusula de renegociação, como penalidades contratuais, faculdades de resolução ou intervenção de terceiros (conciliador, mediador, perito ou árbitro). Na omissão de previsão contratual específica, entretanto, aplicar-se-ão as regras gerais sobre o inadimplemento.” PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

¹³⁰ “A deflagração da fase de renegociação deve ser manejada com lealdade e respeito à boa-fé pela parte que sofre os efeitos da modificação superveniente das sustentações contratuais genéticas. Isso porque tal providência não pode ser invocada como escudo para justificar manobras protelatórias nem suspensões de cumprimento do contrato, muito menos o seu inadimplemento, tudo isso sob pena de caracterizar abuso do direito.” NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. **Revista do Advogado**. Ano XXXII Nº 116. São Paulo: AASP, jun. 2012, p. 96; Pádua e Queiroz afirmam que o pedido de renegociação não pode servir de escudo para medidas protelatórias do cumprimento do contrato. O pedido de renegociação deve ser feito sem atrasos injustificados e com um nível suficiente de detalhamento das propostas, atuando com honestidade e decência. Ressaltam, ainda, que a renegociação não poderá ser fonte de um novo desequilíbrio. PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

Nesse sentido, pode ser apontado como mecanismo de prevenção a estipulação de que o contrato continua produzindo efeitos (ainda que em desequilíbrio) até que as partes cheguem a um acordo. Uma vez alcançado o consenso, a adaptação retroagirá ao início do desequilíbrio devidamente comunicado, sendo o período em que o contrato esteve desequilibrado compensado da forma avançada pelas partes¹³¹. Uma maneira menos radical de utilizar esta proposição seria manter o contrato vigente até que fossem iniciadas as tratativas e fosse verificado que a invocação da cláusula de renegociação se deu de forma legítima e adequada.

Já por parte daquele que é convidado a renegociar, os comportamentos abusivos geralmente abarcam a demora em responder propostas ou simular esforços de renegociação. Nesse sentido, tal comportamento deve ser punido, eis que ilícito¹³². Como se verá no capítulo seguinte, esse tipo de conduta enseja inadimplemento da obrigação de renegociar, o qual é comumente remediado através de perdas e danos.

Ressalta-se que a prevenção destes comportamentos abusivos também possui caráter procedimental. Uma vez que é estipulada uma conduta a ser seguida (renegociar nos termos e procedimentos estipulados), também deve ser estipulada a correspondente sanção ao seu descumprimento. Nesse sentido, as partes podem pactuar uma determinada sanção (ex. multa) para o caso de se verificar o inadimplemento (ex. uma das partes se negar a renegociar ou invocar a cláusula levemente, atuando contrariamente à boa-fé). Tal estipulação é importante eis que a quantificação de perdas e danos, especificamente pelo descumprimento da obrigação de renegociar, é de difícil mensuração. Uma outra hipótese para afastar a futura dificuldade de quantificação de perdas e danos seria desde já elencar um critério para cálculo do valor caso efetivamente se verifique conduta negocial não condizente com a boa-fé e a lealdade contratual.

¹³¹ Ainda que Gavazzoni estivesse se referindo à cláusula de *hardship*, a solução de manter a produção de efeitos do contrato para evitar abusos pode ser aplicada às cláusulas de renegociação. “A não-interrupção do contrato se dá para coibir abusos no recurso à cláusula de *hardship*, evitando que as partes lancem mão desse artifício para procrastinar seus deveres”. GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 122.

¹³² Para Judith Martins-Costa a renitência ou recusa em negociar configura ilícito contratual. MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

A título de conclusão do presente capítulo, tem-se que não se objetivou dar ao leitor uma fórmula pronta, mas sim diversos instrumentais que podem ou não ser utilizados na redação da cláusula. Tanto nos aspectos procedimentais quanto nos gatilhos para invocação da cláusula e nas formas de afastar comportamentos abusivos, os limites da redação da cláusula dependem da criatividade das partes e do contexto contratual no qual a renegociação estará inserida. Todavia, ainda que as partes não tratem, mesmo que de maneira genérica, sobre os componentes aqui mencionados, “ainda assim, não há inocuidade das cláusulas de renegociação, que são válidas e eficazes”¹³³.

5 OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR DERIVADA DE CLÁUSULA CONTRATUAL E SEU (IN)ADIMPLEMENTO

Uma vez que se tem a cláusula de renegociação redigida com seus principais componentes e de acordo com as especificidades do contrato, é preciso se debruçar sobre os efeitos por ela gerados quando invocada por uma das partes. Quando disparado o gatilho para que a cláusula seja colocada em prática, surge para os contratantes a obrigação de renegociar¹³⁴.

A seguir serão analisadas algumas de suas características enquanto obrigação e quais as atitudes esperadas das partes no sentido de adimplir a obrigação gerada pela cláusula. Por outro lado, impende explorar as hipóteses em que ocorre o inadimplemento e quais condutas podem ser adotadas pelas partes neste cenário.

5.1 A OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR E SEU ADIMPLEMENTO

Desde já cabe mencionar os ensinamentos trazidos por Clóvis do Couto e Silva em sua célebre obra “A obrigação como processo”:

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

¹³⁴ “Tendo as partes estatuído tais cláusulas, e ocorrendo evento nelas previsto, abre-se, *ipso facto*, a obrigatoriedade da renegociação do contrato [...] sendo que o dever de renegociar é um dever de cumprimento do contrato no tocante ao que foi estabelecido genérica e/ou pontualmente como objeto de renegociação. [...] as cláusulas de renegociação têm como objeto a negociação, sendo o objeto da negociação a adaptação do contrato às novas circunstâncias, mantendo a relação de comutação original. Consequentemente, a eficácia típica de uma cláusula que estabelece o dever de renegociar consiste no nascimento do dever de renegociar segundo a boa-fé”. MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

Com a expressão “obrigação como processo” tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. [...] A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. [...] Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor repercutem num mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.¹³⁵

A obrigação de renegociar, por ser dinâmica, merece ser analisada sob a perspectiva de um processo, por isso se buscará compreender as diversas atitudes a serem tomadas pelas partes para a busca de sua finalidade: oportunizar a renegociação contratual.

Primeiramente, cabe ressaltar que a doutrina de Martins-Costa¹³⁶, Kroetz¹³⁷ e Glitz¹³⁸ aponta a obrigação de renegociar como uma obrigação de fazer. As obrigações de fazer consistem em “uma obrigação positiva cuja prestação consiste no cumprimento de uma tarefa ou atribuição por parte do devedor”¹³⁹. Orlando Gomes categoriza as obrigações de fazer como prestações positivas, nas quais há uma prestação de fatos¹⁴⁰. Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva¹⁴¹, a obrigação de fazer tem como objeto da prestação a própria atividade, a qual precisa ser definida ou determinável.

Nesse sentido, o ato de renegociar abarca diversos atos e etapas, que podem ter sido elencados e pormenorizados (inclusive com a determinação de prazos) na

¹³⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 20-21.

¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

¹³⁷ “A cláusula que estipula o dever de renegociar cria uma obrigação de fazer, pela qual as partes se comprometem a buscar, de forma diligente e imbuída de boa-fé, a solução das controvérsias”. KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 117-118.

¹³⁸ “O Direito obrigacional brasileiro, provavelmente, compreenderia a obrigação de negociar como obrigação de fazer, vez que consubstanciada em declaração de vontade (art. 247 a 149 do Código Civil), pautada pelos ditames do princípio da boa-fé negocial.” GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 177.

¹³⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2020. p. 333.

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualização de Edvaldo Brito. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 47-51.

¹⁴¹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 124, 133.

cláusula de renegociação. Tal ato inicia-se pela notificação da parte que invoca a cláusula (neste cenário, esta parte seria credora da obrigação de renegociar) e segue com posteriores trocas de informações e propostas entre as partes.

Quanto aos envolvidos na renegociação, estes são apenas as partes contratantes, já que somente elas, em razão de sua autonomia privada, se obrigaram a renegociar quando a cláusula fosse invocada. Em termos de categorização, isso implica dizer que se trata de uma obrigação personalíssima e infungível.

Para Farias e Rosenvald¹⁴² a obrigação infungível é aquela que só pode ser prestada pelo devedor, sendo a infungibilidade aferida no caso concreto, em razão das circunstâncias, mesmo que não haja convenção expressa nesse sentido. Já Venosa aborda a infungibilidade da obrigação de fazer da seguinte maneira:

Quando a obrigação é contraída tendo em mira exclusivamente a pessoa do devedor, como é o caso do artista contratado para restaurar uma obra de arte ou da equipe esportiva contratada para uma exibição, a obrigação é *intuitu personae*, porque levamos em conta as qualidades pessoais do obrigado.¹⁴³

Ou seja, em razão de ser a outra parte contratante aquela interessada na adaptação/colmatação/atualização contratual, apenas ela teria o condão de participar de tal renegociação. A parte contratante pode designar um terceiro com poderes para representá-la durante as tratativas sem que isso implique o afastamento da personalidade da obrigação. No entanto, a obrigação não seria cumprida caso fosse realizada por um terceiro estranho à relação contratual¹⁴⁴.

Outra característica muito relevante é que, quanto ao seu conteúdo, a obrigação de renegociar é obrigação de meio. Nas palavras de Pádua e Queiroz:

A obrigação contratual de renegociar, enquanto obrigação de meio, impõe apenas o comprometimento procedimental das partes em prol da realização de um novo acordo em face da ocorrência de fato predeterminado. Não há, contudo, garantia quanto à efetiva obtenção da adaptação contratual desejada. [...] Na qualidade de obrigação de meio, a obrigação de renegociar

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 220.

¹⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 84-85.

¹⁴⁴ “[...] a infungibilidade do *facere* inviabiliza a utilização de técnicas sub-rogatórias, como a realização da prestação por terceiros às custas do devedor ou a obtenção de resultado prático equivalente”. PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

guarda um resultado incerto.¹⁴⁵

A doutrina explica a obrigação de meio como sendo “aquela em que o devedor se obriga a empreender sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado”¹⁴⁶, tendo, nas palavras de Paulo Lôbo,

como causa final a atividade em si, independentemente do resultado obtido, concentrando-se na prestação de agir com diligência, boa-fé e de acordo com o que determinem a técnica e a ciência que devam ser empregadas¹⁴⁷.

Assim, na obrigação de renegociar o foco da verificação do adimplemento não se volta para a realização do acordo, mas sim se os aspectos procedimentais da tentativa de renegociação foram devidamente observados. Para Judith Martins-Costa, de ambas as partes é exigida uma dupla prestação: em primeiro lugar é preciso se reunir para renegociar (a recusa implicaria em culpa contratual); e em segundo lugar é preciso que o comportamento seja de acordo com a boa-fé, sem a utilização de “artimanhas, protelações, deslealdades ou renitências irrazoáveis.”¹⁴⁸

Anderson Schreiber¹⁴⁹, por sua vez, ainda que versando especificamente sobre o dever de renegociação, faz considerações úteis ao tema aqui tratado, identificando que a renegociação se desdobra em duas etapas, a primeira relativa ao dever de comunicação e a segunda relativa ao dever de suscitar uma renegociação (no caso do credor da obrigação) ou de analisar seriamente a proposta enviada e respondê-la (no caso do devedor). O autor também aponta que a renegociação não se restringe apenas a uma estrutura simples de aviso e contra-aviso, não incidindo sobre momentos pontuais ou específicos, mas sim abarcando todo o *iter* da relação contratual, numa atitude de ampla e recíproca colaboração. Ademais,

¹⁴⁵ PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

¹⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 2: obrigações**. 21 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 126.

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. Vol. 2. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 30.

¹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

¹⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 297-299.

o conteúdo do dever de renegociação somente pode, portanto, ser precisamente determinado à luz da concreta relação contratual e das específicas circunstâncias de que deriva a necessidade de renegociar.¹⁵⁰

Alguns exemplos¹⁵¹ de condutas a serem adotadas pelas partes incluiriam comunicação célere e detalhada por parte de quem invoca a cláusula, resposta da outra parte dada em tempo razoável, trocas de informações úteis entre as partes, apresentação de propostas e contrapropostas sérias e factíveis, análise detida e séria das opções trazidas à mesa, esforços para conciliar agendas para encontros virtuais ou presenciais (participação efetiva nas tratativas), bem como para evitar interrupções do processo de renegociação. As partes também podem pactuar a extensão dos prazos previstos na cláusula para continuarem uma renegociação que até o presente momento tenha apresentado bons resultados. Além disso, as partes devem manter em mente o dever anexo de cooperação derivado da boa-fé¹⁵².

Na hipótese de a cláusula de renegociação ser lacunosa quanto aos detalhamentos procedimentais, pode-se recorrer à função integrativa da boa-fé objetiva para delimitar qual seria a conduta leal e razoável legitimamente esperada para aquela situação. Nesse sentido, Queiroz e Pádua esclarecem que

Sem prejuízo do protagonismo da autonomia privada, a obrigação de renegociar incorpora um padrão de comportamento heterônomo. Quanto mais lacunosa a previsão contratual, maior a atuação colmatadora da boa-fé objetiva.¹⁵³

No mais, ainda que num primeiro momento tenha se falado em credor e devedor da obrigação de renegociar, ressalta-se que os esforços genuínos de renegociação são exigidos de ambas as partes, e que, uma vez postas em marcha as tratativas, ambos se tornam, reciprocamente, credores e devedores da obrigação de renegociar de acordo com a boa-fé.

¹⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 300.

¹⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011; SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 296, 300.

¹⁵² PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

¹⁵³ PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

Assim, tendo sido cumpridos de forma diligente os atos previstos na cláusula de renegociação, a obrigação deve ser considerada adimplida, ainda que as partes não tenham chegado a um acordo. Por isso é dada grande importância aos aspectos procedimentais no momento de redação da cláusula¹⁵⁴, inclusive para evitar abusos e oportunismos.

5.2 O INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Infelizmente, mesmo sendo tomadas as devidas precauções, por vezes as partes buscam se esquivar da obrigação de renegociar¹⁵⁵, se utilizando de artimanhas e simulacros para cumprir apenas “no papel” os requisitos da cláusula de renegociação. Ao agir desta forma, a parte estaria agindo com culpa, resultando no inadimplemento da obrigação.

São exemplos de condutas que acarretam o inadimplemento da obrigação de renegociar¹⁵⁶: constantes adiamentos das reuniões marcadas ou mesmo o não comparecimento, apresentação de um número excessivo de propostas, apresentação de propostas com conteúdo propositalmente ininteligível ou de difícil compreensão, ou, de forma mais abrangente, se não agir na negociação de acordo com os ditames da boa-fé. Para Judith Martins-Costa

a recusa a renegociar ou a deslealdade por ocasião das negociações importa numa concomitante violação à confiança derivada do ato de autonomia privada e à boa-fé como *standard* do comportamento contratual. [...] É assente o papel da boa-fé como “governo da discricionariedade” dos contraentes, ou “regra operacional *in executivis*”, para garantir a coerência

¹⁵⁴ “Não basta que as partes estabeleçam pressupostos fáticos que darão azo ao pleito de renegociação. Também é importante delinear a forma ou o procedimento pelo qual se fará a execução desta obrigação, sob pena de esvaziar-se a cláusula, pois, a rigor, o envio e refutação de uma proposta qualquer seriam inequívocos atos próprios de uma renegociação”. KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 118.

¹⁵⁵ “[...] fazer recurso a cláusulas de renegociação é muito útil, mas não suplanta a decisão bilateral de renegociar, nem tem a mesma força, pois, caso uma das partes se veja forçada a renegociar em virtude de uma determinação contratual, se não estiver preparada ou disposta a cooperar, provavelmente garantirá o fracasso das negociações” GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 25.

¹⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 304; MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

entre o plano delineado no contrato e o efetivo cumprimento, pelas partes, da operação econômica planejada.¹⁵⁷

As consequências do inadimplemento de uma obrigação infungível tradicionalmente englobam, no caso de culpa do devedor, duas possibilidades. A primeira seria “exigir o cumprimento forçado da obrigação através de tutela específica, com possibilidade de multa ou astreintes”¹⁵⁸, conforme art. 497 CPC¹⁵⁹. Acerca disto, Venosa¹⁶⁰ aponta a impossibilidade de exigir coercitivamente uma prestação de fazer do devedor em razão de sua liberdade individual, e, quanto à multa, ressalta que é importante estabelecer um limite temporal, para que não se transforme em obrigação perpétua, sendo convertida em perdas e danos após passado tal prazo para cumprimento. Logo, a segunda possibilidade seria exigir perdas e danos, nos termos do art. 247 CC¹⁶¹.

Também é preciso dar atenção às características de inadimplemento enquanto obrigação de meio. Tepedino e Schreiber apontam que o inadimplemento deve consubstanciar-se na falta de diligência e empenho do devedor, e não em não ter alcançado determinado resultado. Estes autores também ressaltam que, “em verdade, resultado útil se confunde com o próprio desempenho diligente da conduta devida”¹⁶². Quanto ao ônus da prova, tem-se que o devedor deve provar a impossibilidade de chegar ao resultado final, mesmo que adotados os comportamentos adequados, ao passo que o credor deve evidenciar a culpa do devedor, a falta de cautela e zelo necessários para alcançar o resultado¹⁶³.

Trazendo tal pensamento ao panorama da obrigação de renegociar e dos prováveis efeitos, reitera-se aqui a importância de também na cláusula de renegociação prever as consequências em caso de inadimplemento, conforme já

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

¹⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2020. p. 334.

¹⁵⁹ Assim dispõe o art. 497, *caput*, do CPC: “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”

¹⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 86-88.

¹⁶¹ Código Civil. Art. 247 - Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil: obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 166.

¹⁶³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. Vol. 2. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 34-35; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 345.

abordado no tópico 4.3. Caso estas não tenham sido elencadas, recorre-se à aplicação de regras gerais sobre inadimplemento. Ocorre que, tendo em vista as especificidades da obrigação de renegociar, há certos aspectos do inadimplemento que precisam de contextualização.

Um deles é a possibilidade de o juiz se substituir à parte devedora e praticar o fazer (no caso, o renegociar) em juízo, fornecendo a tutela específica ao jurisdicionado. Na obrigação de renegociar este cenário dificilmente seria desejado pelas partes. Nesse sentido, cabe ressaltar o entendimento de Pádua e Queiroz:

O estabelecimento de uma cláusula de renegociação, por si só, não acarreta uma autorização implícita para intervenção judicial no caso de ausência de consenso, mas tão somente implica o comprometimento recíproco dos contratantes no sentido de buscar um novo acordo em determinadas situações. [...] Nesse contexto, a substituição da parte recalcitrante pela vontade do Estado-juiz contraria a liberdade contratual e prejudica a segurança jurídica, ainda que o magistrado se apoie em avaliações técnicas.¹⁶⁴

Exigir em juízo, exclusivamente, o cumprimento da obrigação de renegociar não parece uma boa estratégia já que, se a parte não tinha ímpeto para renegociar mesmo quando ela própria havia se obrigado, a voluntariedade necessária a uma boa renegociação dificilmente se manifestará quando a renegociação for imposta por um terceiro. Logo, a outra possibilidade de exigir a tutela específica, que se dá pela fixação, pelo juízo, de multa e prazo para cumprimento, também não parece ser um caminho efetivo¹⁶⁵.

Ainda, o ato de demandar em juízo a revisão ou resolução do contrato apenas com base no inadimplemento de obrigação de renegociar é visto como uma solução excessiva pela doutrina¹⁶⁶. O cenário mais factível é que, diante do descumprimento

¹⁶⁴ PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

¹⁶⁵ “[...] o ordenamento jurídico brasileiro tem admitido a execução específica da obrigação de renegociar inadimplida, porém apenas mediante técnicas coercitivas. Na prática, todavia, são extremamente questionáveis os benefícios reais de um provimento dessa natureza.” PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

¹⁶⁶ O termo solução excessiva é empregado por Pádua e Queiroz, que consideram inadmissível a imposição de revisão ou resolução judicial motivada isoladamente pelo inadimplemento da obrigação contratual de renegociar. PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018; Nanni, por sua vez, aponta que apenas em hipóteses muito excepcionais deve ser decretada a resolução do contrato por inadimplemento da cláusula de adaptação. “Só o incumprimento total e definitivo do contrato de duração deve permitir a sua *resolução*,

da cláusula de renegociar, a parte demande em juízo¹⁶⁷ abordando o conteúdo material do contrato que buscava ver modificado através da renegociação. Nesse sentido, aponta Gavazzoni:

A existência de uma cláusula dispondo sobre procedimentos de renegociação e adaptação negada por uma das partes poderá deixar entrever às partes a possibilidade de recorrer ao Judiciário, para que este proceda diretamente à adaptação contratual, de acordo com o prescrito na cláusula.¹⁶⁸

Há autores que defendem que o inadimplemento da obrigação de renegociar deveria ter como consequência a perda do direito de ajustar ou extinguir o contrato ao invés de uma indenização.¹⁶⁹ Tal ponto de vista retrata a obrigação de renegociação como um ônus do contratante que pretende a revisão ou resolução do contrato em juízo, podendo ser interpretada como condição de admissibilidade da demanda.

O caminho da indenização por perdas e danos, ainda que seja mais frequentemente abordado do que as outras consequências do inadimplemento, tampouco é pacificado. Um primeiro ponto trata do fundamento de tal indenização,

no que, salvo disposição em contrária no pacto, não se enquadra o inadimplemento da cláusula de readequação, que pode ser considerada um dispositivo contratual de menor importância. Por mais que ela seja relevante e extremamente útil, não permite o rompimento imediato da avença caso a contraparte se recuse a negociar.” Destaque no original. NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. **Revista do Advogado**. Ano XXXII Nº 116. São Paulo: AASP, jun. 2012. p. 94; Já nas palavras de Judith Martins-Costa “não há dever de resultado (concluir o aditivo), mas há dever de meios (renegociar com lealdade), de modo que a boa-fé atuará como standard do comportamento devido, pautando eventual ilicitude no modo do exercício da renegociação (Código Civil, art. 187). Poderia, inclusive, ser caracterizado o inadimplemento imputável de dever contratual, passível de conduzir, segundo as circunstâncias, ou à indenização pela mora ou - se atingido gravemente o interesse contratual - ao exercício do poder formativo de resolução (*lato sensu*)”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 572.

¹⁶⁷ Conforme já exposto anteriormente, as partes podem optar por outro meio de resolução de controvérsias que não o Poder Judiciário, então aqui leia-se “juízo” como meio heterocompositivo de resolução de litígios previsto pelas partes no contrato.

¹⁶⁸ GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 187.

¹⁶⁹ SEROZAN, Rona. General Report on the Effect of Financial Crises on the Binding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision *apud* SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 305.

sendo mencionados, por exemplo, a perda de uma chance¹⁷⁰, o abuso de direito¹⁷¹ e o interesse contratual negativo¹⁷². Uma segunda dificuldade é a prova do genuíno esforço na renegociação, pois tal análise pode receber influência de subjetivismos, especialmente se a cláusula de renegociação não for suficientemente detalhada e se tenha de recorrer aos *standards* da boa-fé objetiva.

Um terceiro problema, e talvez o mais polêmico, é a respeito da quantificação do dano sofrido em razão da recusa/falta de diligência na renegociação¹⁷³. A este respeito, Schreiber faz um apanhado da doutrina italiana¹⁷⁴ acerca do tema, demonstrando a existência de diferentes opiniões. Francesco Macario identifica a origem da controvérsia no caráter híbrido do dever de renegociação, vez que este se dirige ao desenvolvimento de uma atividade semelhante àquela relativa às tratativas pré-contratuais. Gentili, partindo da ideia de um interesse contratual negativo, defende que o valor da indenização seria calculado pelo

reembolso das despesas efetuadas e ganhos razoavelmente perdidos com a tentativa de iniciar a renegociação frustrada pelo silêncio da contraparte ou

¹⁷⁰ Nery e Rodovalho apontam a perda de uma chance a título de exemplo. NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011. Já Queiroz e Pádua apontam que a perda de uma chance é uma construção teórica que tem muito a oferecer neste tipo de situação, eis que “o prejuízo advindo da frustração culposa da renegociação, pois a obtenção do acordo, bem como seu eventual conteúdo, não passa de mera conjectura”. PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

¹⁷¹ “Um “risco” trazido pelo dever de renegociação é o desvirtuamento de sua finalidade, traduzindo-se em hipótese de mera protelação indevida do cumprimento das obrigações assumidas contratualmente. Esse comportamento, que se consubstancia em efetivo abuso de direito [*rectius*: exercício abusivo de posição (ou prerrogativa) jurídica ou abuso no exercício de posição jurídica], deve ser coibido, sancionando-se (punindo-se) esse comportamento desleal da parte.” NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011.

¹⁷² “[...] a responsabilidade civil por descumprimento do dever de renegociação restaria, a exemplo do que ocorre no rompimento injustificado das tratativas pré-contratuais, limitada ao ressarcimento correspondente ao chamado interesse contratual negativo.” SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 310.

¹⁷³ “[...] a quantificação da indenização se mostra extremamente complexa. Isso porque, como assinalado, a obrigação de renegociar constitui uma obrigação de meio, ou seja, de empenhar os melhores esforços para a realização de um acordo que é, contudo, incerto.” PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237. Abr - Jun/2018.

¹⁷⁴ D'ARRIGO, Cosimo. Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine; GENTILI, Aurelio. La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto; MACARIO, Francesco. Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine; MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione; *apud* SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 310-311.

com o processo de renegociação injustificadamente interrompido ou artificialmente conduzido pelo contratante que viola o dever de renegociar.¹⁷⁵

Em sentido oposto é trazida a opinião de Marasco, que defende que

o ressarcimento do dano deve consentir a parte adimplente a realizar, ainda que por equivalente monetário, todos os lucros e utilidades que teria podido conseguir a partir da perfeita e pontual execução do contrato.¹⁷⁶

Ainda, Cosimo D'Arrigo propõe que o ressarcimento do dano pode ser pleiteado conjunta ou separadamente do pedido de revisão ou resolução do contrato.

Por fim, cabe lembrar que a cláusula de renegociação é redigida conforme a criatividade das partes, logo, estas podem eleger livremente a forma pela qual irão quantificar os danos.

6 CONCLUSÃO

O período pandêmico evidenciou a necessidade de dar mais atenção aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos. A renegociação vem sendo apresentada como o caminho preferível a ser tomado pelas partes diante de situações que afetam a execução dos contratos de longa duração. Todavia, a cláusula de renegociação, a qual cria a obrigação de renegociar por força da própria vontade das partes, ainda carece de um estudo doutrinário mais aprofundado, mesmo que certos autores¹⁷⁷ já identifiquem o uso das cláusulas no cotidiano contratual.

Assim, o presente trabalho abordou o contexto de aplicação da cláusula, suas características, semelhanças e diferenças de cláusulas afins, seus principais componentes e ainda se debruçou sobre as especificidades da obrigação de renegociar. A partir de tal análise, foi possível congregiar elementos para entender de que forma as cláusulas de renegociação podem ser usadas de maneira mais efetiva para a prevenção de litígios.

¹⁷⁵ GENTILI, Aurelio. La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziiazione del contratto. *apud* SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 310.

¹⁷⁶ MARASCO, Gerardo. La rinegoziiazione; *apud* SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 310-311.

¹⁷⁷ Schreiber aponta que na prática já se tem colocado em contratos cláusulas que impõem o dever de renegociar de boa-fé para rever extrajudicialmente o contrato. Nesse caso, o autor refere-se a apenas uma das funções que a cláusula de renegociação pode desempenhar. SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 301.

Percebeu-se que o estudo da cláusula facilita a identificação de como se dá o seu uso. Assim, uma vez que o operador do Direito entende a racionalidade da cláusula de renegociação, começa a reconhecer na prática as situações em que seria pertinente a inserção dela em um contrato. Ele percebe também que ela se enquadra como mecanismo autocompositivo e que possui a potencialidade de evitar a judicialização dos conflitos, fazendo com que as decisões que afetam a vida do contrato sejam tomadas pelas próprias partes e não por um terceiro.

Ainda, devem ser ressaltados os cuidados que devem ser tomados na elaboração da cláusula. Saber quais são os principais componentes para que a cláusula possa ser bem empregada auxilia no cumprimento da obrigação de renegociar, eis que com diretrizes claras as partes sabem qual a conduta esperada delas. Dessa forma, é possível que uma cláusula bem redigida evite o litígio à medida que não será necessário invocar intervenção judicial ou arbitral para dirimir dúvidas sobre a forma como a cláusula deve ser aplicada.

Algumas vantagens da cláusula de renegociação identificadas ao longo do trabalho foram: flexibilidade de elaboração, eis que as partes podem definir, conforme sua criatividade e particularidades do contrato, quais componentes incluir na cláusula, qual a delimitação e nível de detalhamento dos componentes e a abrangência de atuação da cláusula; empoderamento dos contratantes acerca das decisões a serem tomadas sobre o contrato, já que são as próprias partes que decidem, permitindo que a solução encontrada seja sob medida para o caso concreto; e oportunidade de se ter uma solução mais rápida e econômica, já que, em caso de acordo, não será necessário gastar tempo e recursos com a invocação do Judiciário ou tribunal arbitral.

Demonstra-se, ainda, que certos desafios enfrentados pela cláusula, como a reticência das partes em decidir por si próprias, são capazes de serem transformados em potencialidades, contribuindo para a autocomposição, principalmente em um contexto em que a cultura da pacificação ainda se encontra em desenvolvimento. Obviamente, além das dificuldades que já se fazem presentes, outros desafios podem surgir conforme as circunstâncias de cada caso concreto. Entretanto, ter um bom instrumental teórico fundamentando o uso da cláusula certamente auxiliará a superá-los.

Conclui-se, portanto, que a cláusula de renegociação tem o potencial de prevenir litígios e que o caminho que viabiliza isso é que as partes contratantes e os

profissionais do Direito tenham um bom conhecimento acerca da cláusula propriamente dita, de sua elaboração e de seus impactos.

Com o olhar para o futuro, considera-se que as cláusulas de renegociação podem ser úteis se incluídas tanto em contratos firmados durante a pandemia, quanto nos que serão firmados depois que os efeitos da pandemia cessarem. Inserido num contexto de desenvolvimento de meios autocompositivos para prevenção e resolução de litígios, o estudo das cláusulas de renegociação busca contribuir para a promoção de uma cultura de pacificação social e valorização das relações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMENDOLARA, Leslie. **Técnicas de elaboração de contratos**. 3 ed. ver. ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ARROSI, Letícia Soster. Os contratos incompletos e a behavioral law and economics. **Revista de Direito Privado**, Vol. 89/2018. p. 43 – 68. Mai/2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Marcos Villaça de. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos incompletos e a soft law. **Revista dos Tribunais**, Vol. 966/2016. p. 145-165. Abr/2016.

BAPTISTA, L. O. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). **Revista do Serviço Público**, ano 40, v. 111, n. 3, p. 31-38, Jul - Set/1983. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2194>. Acesso em: 7 fev. 2021.

BARTON, Thomas D.; COOPER, James M.. **Preventive law and creative problem solving: multi-dimensional lawyering**. Disponível em <http://www.proyectoacceso.com/CCPS/articles_interest.htm> Acesso em 13 fev. 2021.

BEER, Veronica. Mediação empresarial e os advogados. *In*: BRAGA NETO, Adolfo (Org.). **Mediação Empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo: CLA Cultural, 2019, p. 289-304.

BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**, Vol. 971/2016. p. 145 – 164. Set/2016.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6 de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 17 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

CANUTO, Alessandra; CARVALHO, Adryanah; ISOLDI, Ana Luiza. **A culpa não é minha!?: Guia para resolver seus conflitos e tomar decisões**. 1 ed. São Paulo: Literare Books International, 2019. ePUB.

CASTRO, Vitor Lemes. Condição suspensiva, condição resolutiva e pressuposição: breves considerações críticas. **Revista de Direito Privado**, Vol. 106/2020. p. 39 – 79. Out - Dez/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Observatório Nacional do Conselho Nacional de Justiça sobre o coronavírus**. Disponível em <https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/index.php/coronavirus-covid19/acoes-judiciais>. Acesso em 15 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em 21 de jan. 2021.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FORGIONI, Paula A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 45/2015. p. 229-244. Abr – Jun/2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 4: contratos**. 3 ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 2: obrigações**. 21 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GAVAZZONI, Adriana. **Renegociação e adaptação do contrato internacional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GIANCASPRO, Mark. The rules for Contractual Renegotiation: A Call for Change. **University of Western Australia Law Review**, Vol. 37, Issue 2. p. 1-30. Mar/2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2618359>. Acesso em 10 jan. 2021.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; SANTOS, Thaysa Prado Ricardo dos. A cláusula de hardship e o equilíbrio contratual – uma fórmula de justiça e democracia contratual? In: GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina A. Amorim (org.). **Desenvolvimento, democracia e dignidade da pessoa humana**. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 277-297.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualização de Edvaldo Brito. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUERRA, Alexandre. Solidariedade, autorresponsabilidade e contrato: lições de protagonismo nas relações contratuais de Direito Privado em tempos de pandemia de

Covid-19. **Cadernos Jurídicos**, ano 21, nº 55, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, Jul - Set/2020 p. 95-115. Disponível em <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/material/CadernosJjuridicoEP M.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2021.

GUERRA, Fernanda. **Contratos conscientes: Um convite para uma nova via de acesso à justiça**. Migalhas. 25 de janeiro de 2021. Disponível em <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/339407/contratos-conscientes-convite-para-uma-nova-via-de-acesso-a-justica?imp=>>>. Acesso em 26 jan. 2021.

GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e processo arbitral. *In*: SALLES, Carlos A. de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coords.). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 261-287.

HAAPIO, Helena. Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View. *In*: WAHLGREN, Peter (Ed.). **A Proactive Approach, Scandinavian Studies in Law**, Vol. 49. Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2006, p. 21-34. Disponível em <<https://scandinavianlaw.se/pdf/49-2.pdf>> Acesso em 13 fev. 2021.

HART, Oliver; MOORE, John. **Incomplete contracts and renegotiation**. Working paper nº 367 – Departament of Economics – Massachusetts Institute of Technology. Jan/1985. Disponível em: <<http://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/63746/incompletecontra00hart.pdf%3Bjsessionid%3D9CA3D98ADE9C1CACB650D2CB45FB2FA9?sequence%3D1>>. Acesso em 31 jan. 2021.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003**. Paris: ICC Publishing S.A., 2003.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016**. Rome: Unidroit, 2016.

KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. *In*: BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p.113-128.

LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. *In*: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B. (Org.). **Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 163-178.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. Vol. 3. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. Vol. 2. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Camila Biral Vieira da Cunha; VALDETARO, Liana Gorberg; SIMÕES, Alexandre Palermo. O papel do advogado na mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 60/2019. p. 63-88. Jan – Mar/2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar os contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 7, n. 25, p. 11-39. Abr – Jun/2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **Conferência Magna - A COVID e os Contratos**. Conferência proferida no I Congresso Digital Covid-19: Repercussões Jurídicas & Sociais da Pandemia promovido pela OAB Nacional (evento online). Jul 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9YB_BYJ_IRY&list=PLOtlgbGPbF3Bqid49J2gpv8zwVCbwBIIc&index=114>. Acesso em 20 dez. 2020.

MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Contratos cíveis** [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: análise das alterações promovidas pela lei nº 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, Vol. 25, p. 329-352, Jul – Set/2020.

NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito Contratual brasileiro. **Revista do Advogado**. Ano XXXII Nº 116. São Paulo: AASP, jun. 2012, p. 88–97.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: contratos**, Vol. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, Vol. 906/2011. p. 113-156, Abr/2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução N. 02/2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em <<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2015/11/art20151104-01.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. 11 de março de 2020. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em 14 jan. 2021.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis F. (coords.). **Arbitragem e Mediação - A Reforma da Legislação Brasileira**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 276-296.

PEREIRA, Fabio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 15/2018, p. 209 – 237, Abr - Jun/2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SIMÃO, José Fernando. “**O contrato nos tempos da COVID-19**”. **Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio**. Migalhas. 03 de abril de 2020. Disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/4/8CF00E104BC035_covid.pdf. Acesso em 11 jan. 2021.

TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. *In*: FREIRE, Alexandre; DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros (Orgs.). Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v. 2 – **Processo de Conhecimento e Disposições finais e transitórias**. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 155-174. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Advocacia-e-meios-consensuais-Fernanda-Tartuce.pdf>> Acesso em 13 fev. 2021.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil: obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TIROLE, Jean. Cognition and Incomplete Contracts. **American Economic Review**, 2009, 99:1. p. 265-294. Disponível em: <<http://econ.lse.ac.uk/staff/lfelli/teach/TiroleAER09.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. 1ed. São Paulo: DPJ Ed., 2005.